

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

HELENO DA COSTA ROHN

**POR UMA NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA
ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

**CURITIBA
2009**

HELENO DA COSTA ROHN

**POR UMA NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA
ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito pela Universidade Federal do
Paraná.**

Orientadora: Profª Ana Carla Harmatiuk Matos

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

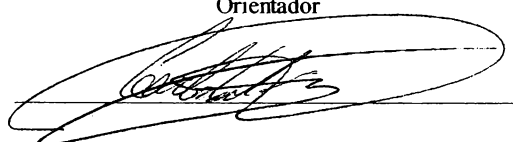
HELENO DA COSTA ROHN

Por uma nova concepção de família: a possibilidade jurídica da adoção por casais do mesmo sexo

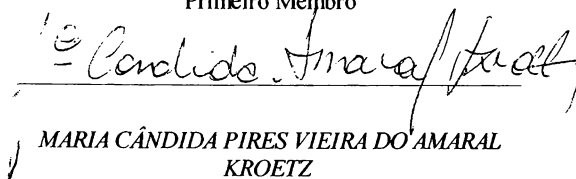
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ANA CARLA HARTMATIUK MATOS
Orientador



CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Primeiro Membro



MARIA CÂNDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL
KROETZ
Segundo Membro

.

DEDICATÓRIA
A minha família.

AGRADECIMENTOS
Professora Ana Carla pela paciência e compreensão.
Gilberto e Yana pelo auxílio nesta empreitada.

“Triste época! É mais fácil desintegrar um átomo do que um preconceito.”

Albert Einstein

SUMÁRIO

RESUMO	07
1 INTRODUÇÃO	08
2 AS UNIÕES HOMOAFETIVAS	10
2.1 AS INTERFACES DA FAMÍLIA: UMA ENTIDADE EM TRANSFORMAÇÃO	10
2.2 AS SOLUÇÕES JURÍDICAS A FATO INCONTESTE: O REGIME JURÍDICO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS	15
2.3 AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES: A UNIÃO HOMOSSEXUAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	23
2.4 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR	29
3 DO SUPOSTO CONFLITO ENTRE NORMAS CONSITUCIONAIS: DIREITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL X PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	33
3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À ORIENTAÇÃO SEXUAL	34
3.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	39
3.3 ENTRAVE SUPERADO: A INEXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE AS NORMAS	44
4 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA	48
4.1 A CONCLUSÃO ESPERADA: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS DO MESMO SEXO	49
4.2 A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	53
4.3 CASOS PRÁTICOS	58
4.4 PERSPECTIVAS – A NOVA LEI DE ADOÇÃO	62
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

RESUMO

Este estudo pretende comprovar a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos, sob um viés especialmente constitucional. Isso porque, com a constitucionalização do Direito de Família, não é possível restringir direitos por mera interpretação literal da lei. As diferenças devem ser respeitadas, para atender às mudanças da sociedade e, principalmente, aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Se nossa legislação permite a adoção por indivíduo homossexual isoladamente, tal direito deve ser estendido aos casais que pretendam adotar em conjunto, a fim de satisfazer, principalmente, ao princípio do melhor interesse da criança. Ainda serão explorados por este trabalho: a definição desses e de outros princípios relacionados à adoção, a omissão legislativa sobre o tema e as novas doutrina e jurisprudência, as quais gradativamente vem admitindo a existência de uma entidade familiar homoafetiva e, ainda que timidamente, aprovando a adoção conjunta por pares homossexuais.

1 INTRODUÇÃO

“Qualquer maneira de amor vale a pena. Qualquer maneira de amor vale amar”¹. Da delimitação do tema à consecução destas mal fadadas linhas, tais estrofes, juntamente com a melodia da canção, soaram-me como um ponto de partida, quiçá, ainda mais, um hino, uma ode ao amor que não ousara dizer seu nome. Ousa.

O verso, que ora ponho em tempo pretérito, do poema *Two Loves*² do escritor inglês Alfred Douglas guarda plena consonância com a explicação de Hans Kelsen, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires. Quando desafiado por Carlos Cossio, criador da Teoria Ecológica do Direito, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito jurídico, Kelsen respondeu: “*Oui, monsieur, l’amour!*”³.

O amor, ressalte-se, é o ponto de partida e objeto primordial desta análise jurídica. Poderia dizer o leitor incauto: o que tem o amor a ver com um tema de monografia jurídica? Antecipo-me dizendo que tudo.

À época do poeta irlandês Oscar Wilde⁴, vivido à margem de uma sociedade que criminalizava a conduta dos ousados; à época de Kelsen, raramente exteriorizado e muito mitigado; hodiernamente, o amor entre pares homoafetivos, ao tentar viver às claras, clama por seu reconhecimento legal e jurídico.

Na passagem da família moderna à família contemporânea, percebeu-se que o viés eminentemente patrimonial não deu conta das plurais e complexas relações que nascem no seio do ente familiar. Desse modo, um elemento ulteriormente relegado às sombras vem ganhando significativas dimensões: o

¹ Paula e Beбето. Caetano Veloso e Milton Nascimento.

² O poema, em sua íntegra, está disponível na internet: <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/wilde/poemsofdouglas.htm>>.

³ “Sim, senhor, o amor!”. (Tradução livre) *Apud* STJ, Resp. 148.897/MG, 4ª T., j.10.02.2988, rel. Min. Ruy Rosado.

⁴ Explicando porque citar Oscar Wilde, transcrevemos trecho do julgamento no qual o poeta irlandês foi condenado por “cometer atos imorais com diversos rapazes”. Dentre eles estaria o Lord inglês Alfred Douglas: “*Edward Carson questioned Oscar Wilde about two poems written by Lord Douglas that appeared in the issue of The Chameleon that contained Wilde’s ‘Phrases and Philosophies for the Use of the Young.’ Carson asked Wilde if he saw any improper suggestions in the two poems. Wilde’s response to Carson’s question as to what was ‘the love that dare not speak its name’ provided one of the most memorable moments of a memorable trial.*” Disponível em: <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/wilde/poemsofdouglas.htm>>. Acesso em: 05 out. 2009. Trecho do processo pode ser encontrado no sítio: <<http://www.oldbaileyonline.org/images.jsp?doc=189505200003>>.

sentimento. E, com ele, a noção de afeto, tomada como elemento propulsor da **relação** familiar, faz-se cada vez mais presente.

Tal elemento deixa de ser interesse exclusivo daqueles que o sentem, a **partir** do momento em que entra na seara jurídica. Ratificando sua importância como **relevante** valor jurídico, Maria Berenice Dias⁵ escreve “[...] amplo é o espectro do **afeto**, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar consequências **que** necessitam se integrar ao sistema normativo legal”.

Transmutado em afeto, o amor se consubstancia na base da união entre **pessoas** do mesmo sexo e, porque não dizer, expressa-se na possibilidade da filiação homoafetiva, independente de qual maneira ela se dê, seja via adoção, **biologicamente** ou socioafetivamente.

Pode-se dizer, então, que o estado de afeição é a causa verdadeira das **relações** familiares. Nelas, o afeto gera uma afinidade maior do que nas demais **relações** sociais, levando as pessoas a conjugar suas vidas com mais intimidade, até mesmo quanto aos meios de subsistência, para atingir os fins existenciais.

A afetividade, portanto, não é indiferente ao Direito, pois ao aproximar as **pessoas**, dá origem aos relacionamentos que, fazendo jus ao *status* de família, geram as relações jurídicas. Ainda que se excluam os sentimentos do âmbito jurídico, cabe ao Direito regular as uniões que associam afeto a interesses comuns e que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par.

Parafraseando Caetano Veloso e Milton Nascimento, ao levar os seus dizeres para o mundo jurídico, atrevo-me a dizer que qualquer maneira de amor, ao fazer jus ao *status* de família, para além do valer a pena, merece proteção estatal, tendo suas relações albergadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Efeitos Patrimoniais das Relações de Afeto**. Repertório IOB de Jurisprudência, 15/97, caderno 3, 1997. p. 301.

2 AS UNIÕES HOMOAFETIVAS

2.1 AS INTERFACES DA FAMÍLIA: UMA ENTIDADE EM TRANSFORMAÇÃO

A família, compreendida como fenômeno social que se desenvolve à luz dos valores culturais determinantes num dado momento histórico, é significativa insuscetível de redução a único sentido. Em lógico desdobramento, facilmente se conclui que analisar a entidade familiar é ir ao encontro de uma manifestação histórico-sociológica plural.

Segundo Horkheimer e Adorno⁶, “a família apresenta-se primeiro como uma relação espontânea e natural que, depois, vai se diferenciando até chegar à moderna monogamia e, em virtude desse processo de diferenciação, cria uma área distinta, que é a das relações privadas”.

A premencionada assertiva coaduna-se às observações de Eduardo de Oliveira Leite ao asseverar que a noção de família é anterior ao surgimento do Direito, e que:

[...] quando se trata de investigar o início dessa cadeia, grande parte da história da família e do casamento, senão a mais decisiva porque inicial, original, encontra-se envolvida em total mistério pela ausência de documentos e inexistência material de fontes, que retratem o estado de espírito e de atitudes. O primórdio da família está definitivamente voltado a um mistério. Logo, as origens, as primeiras manifestações e as reações do homem nesse campo, só podem ser avaliadas através de suposições, hipóteses, conjecturas que tentam reconstruir uma época fugidia e indecifrável.⁷

Depara-se, portanto, com fenômeno antecessor ao Estado *lato sensu*, instituição que se compõe historicamente apenas no início da Idade Moderna. Ainda mais: a família, como fato e fenômeno, antecede, sucede e transcende o próprio Direito. Assim sendo, nada mais se pode advertir, senão, que a origem da entidade familiar não se circunscrevera ao Direito Romano.

⁶ HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Temas Básicos da Sociologia**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, [19-?], p. 133. *apud* FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: origem e evolução do casamento. v. 1. Curitiba: Juruá, 1994. p. 5.

A base da família moderna, compreendendo-se nesse aspecto como modelo clássico, construiu-se em longa travessia: saltara do Direito Romano clássico e atravessara a Idade Média, repousando no Código Civil Francês de 1804, que acaba por adaptar tal modelo ao incorporar o individualismo e o voluntarismo jurídicos.

Reforça a compreensão do tema a apropriada análise de Luiz Edson Fachin⁸:

[...] com estas fontes romanas, e à luz do Direito Canônico, evidentemente se organizou um modelo de família que passou ao largo de determinadas experiências jurídicas do medievo. A disciplina jurídica da família passa, como incólume, da Idade Média e se projeta para as primeiras codificações do início do século XVIII, nomeadamente o Código Civil francês, que é, ao seu tempo, o estatuto máximo da família do Estado e da propriedade.

Na travessia entre a família apreendida pelo direito da modernidade – cuida-se do modelo clássico vigente do século XIX até meados do século XX – à família da contemporaneidade (de meados do século XX em diante), quatro características fundamentais sofreram modificações. Primeiramente, analisar-se-ão, as características primordiais da família moderna.

A influência do Direito Canônico deixou elemento caracterizador: a matrimonialização. Reduzida a uma ordem de ideias e apreendida por um direito de cujo ícone era a codificação, a família moderna era matrimonializada, ou seja, inexistia ente familiar fora daquele modelo estabelecido nos códigos, não obstante houvesse um sem número de relações que se passavam à margem dessas codificações.

Apenas tal modelo “legítimo” era reconhecido pela Igreja Católica, traduzindo-se numa concessão que Deus fazia ao humano: no plano terreno, realizava-se através de um contrato e, no plano sagrado, perfazia-se por um sacramento. Logo, o matrimônio era o fator legitimador da ideia de família.

O Código Civil brasileiro, que começa a ser discutido em 1840, antes da Proclamação da República, e somente entra em vigor no ano de 1917, fora permeado por esta ordem de ideias: manter-se o matrimônio como elemento

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 62.

formador da família, ainda que a Igreja e o Estado já se encontrassem em planos separados.

A segunda característica da família moderna residia na hierarquização, a qual projetava na entidade familiar uma desigualdade de funções. Esse modelo assumia uma desigualdade efetiva, pois os papéis atribuídos aos membros que compunham a família eram assumidamente desiguais.

A diferença estruturante também era vislumbrada no que pertine aos descendentes: existiam os filhos legítimos, havidos dentro do casamento; os ilegítimos, havidos fora do casamento, isto é, adulterinos ou incestuosos; e ainda os filhos legitimáveis (derivavam de pais não casados e que se casavam posteriormente). Demonstra-se, assim, como o centro exclusivo da família era o casamento e o quanto esse modelo familiar se assentava numa distribuição desigual de funções.

Na moldura clássica de família, instaurara-se, progressivamente, o patriarcado. Sob a égide da lei da desigualdade, conferia-se ao pai a direção unitária da família. Em verdade, quando a família clássica atribui poderes ao pai, à primeira vista, está se colocando a supremacia do homem na relação conjugal. Contudo, num segundo momento, verifica-se que o interesse maior a ser tutelado não é do marido, e sim, da família enquanto instituição⁹. A patriarcalidade se revelava também na determinação da linhagem masculina, pois o parentesco era assim tratado.

Desse modo, havia uma transpessoalidade nas relações familiares. Em decorrência do sistema desenhado pelo direito, a família era considerada uma entidade cujos valores eram tutelados acima dos interesses dos membros que a compunham. Chegou-se a cogitar a assimilação da noção de família pelo conceito de pessoa jurídica, tamanha era a concepção de interesses familiares transindividuais, ou seja, para além dos indivíduos que a formavam. Tais características resumem, pelo menos, dois séculos de história, contando-se da Proclamação da Independência em 1822 até meados do século XX.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 65.

A força criadora da realidade já não mais se subsumia aos Códigos¹⁰: no período de transação, desenhou-se autêntica incompatibilidade entre a dogmática herdada do Direito Romano Clássico e a realidade do início do século XXI.

Nas palavras de Gustavo Tepedino: “A era da chamada pós-modernidade toma de assalto a cultura jurídica contemporânea: entram em crise as teorias gerais, as sistematizações seculares, a dogmática cristalizada a partir da codificação oitocentista. (...) Desfazem-se os mitos da completude, da unidade matrimonial, dos institutos de direito de família antes tratados monoliticamente pela norma jurídica. Desvirilizam-se certezas, substituídas por utopias”¹¹.

Ademais, Luiz Edson Fachin¹² instiga, com suas reflexões, a correta compreensão dos fatos:

Da superação do antigo modelo da “grande-família”, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação.

Com a evolução jurisprudencial, vide súmula nº 380 do STF¹³, doutrinária e legislativa, altera-se a ideia de que efeitos jurídicos decorriam somente da família legítima. Assim sendo, da família matrimonializada passou-se a uma pluralidade familiar.

Matizada que era por uma direção unitária, a família passa a receber uma direção diárquica, um microcosmo da sociedade dentro da qual o homem e a mulher têm os ônus e os bônus. Do ponto de vista estritamente jurídico, a diarquia se traduz

¹⁰ “A família, por princípio, não tem mais o desenho jurídico do ente patriarcal fundado na lei de desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. Ao largo do velho Código, e mesmo contra o Código Civil e até afrontando certos “códigos culturais”, os fatos foram veiculando sua reforma, que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa.” In: FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 316.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Relações Familiares e o Direito Contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹² FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 306.

¹³ Súmula 380, STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

numa igualdade entre homens e mulheres. Pressupõe-se que a diarquia é uma irmã siamesa da igualdade material, não apagando diferenças imprescindíveis que não de ser vistas.

A família que ora se constrói, influenciada pela atuação direta e plena do princípio da igualdade, tem seu caminho destoante da visão clássica sobre a filiação fora do casamento. Os filhos, independentemente da origem ou ascendência, filhos são. Ademais, em outro exemplo de superação do sistema clássico¹⁴, a condição feminina começa a conquistar degraus contra o domínio patriarcal.

No entanto, revelando se tratar de transformação mais terminológica do que real, a patriarcalidade ainda se mantém no poder familiar, não mais chamado de pátrio poder. A referida alteração manifesta uma mudança estrutural na compreensão das relações jurídicas entre pais e filhos. No início do século XX, dizia-se que os filhos eram objetos do pátrio poder, não os focando como sujeitos da relação jurídica.

Hoje, na relação jurídica familiar, pais e filhos têm direitos e deveres, a tal ponto que José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz concluem:

O pátrio poder, que é um efeito da filiação, se apresenta como uma situação jurídica complexa que compreende poderes e deveres de guarda, vigilância, assistência, educação e representação dos filhos. É poder inerente à personalidade dos pais, mas que encontra seus limites na personalidade dos filhos e nas necessidades de educação que, antes de ser um dever jurídico, é um dever ético-social¹⁵. "A função do poder paternal é, portanto, assegurar aos filhos os cuidados necessários para o desenvolvimento da personalidade."¹⁶

A patriarcalidade vai cedendo espaço especialmente no que diz respeito ao sobrenome, pois hoje se admite que o homem acrescente, ao seu sobrenome, o da mulher. No entanto, o parentesco no sistema jurídico brasileiro ainda continua marcado pelo patronímico.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 321.

¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 14.

Ibidem. p. 25.

Por derradeiro, proclamou-se a concepção eudemonista da família. Passou-se a reputar que é a família quem passa a ter a sua *ratio essendi* na realização pessoal e coletiva de cada um de seus componentes. Portanto, não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca da aspiração à felicidade¹⁷. Privilegiam-se os membros que a compõem considerados em dignidade jurídica com os interesses do próprio ente familiar.

Impulsionado pelas mudanças históricas, o conceito de família foi elasticado: o ente familiar que não se reduzia mais à única definição no plano das relações sociais passa a não mais sê-lo também no direito. Apresenta-se, assim, uma concepção sociológica plural.¹⁸

Conclui-se, portanto, que, calcados no afeto, igualdade, solidariedade e cooperação, os moldes contemporâneos abrem a noção de família para além do casamento civil ou do religioso com efeitos civis, apreendendo a união livre, a união estável, a família monoparental e, independente de em qual categoria a doutrina ou a jurisprudência as enquadre, sublinhe-se, as uniões homoafetivas.

2.2 AS SOLUÇÕES JURÍDICAS A FATO INCONTESTE: O REGIME JURÍDICO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Com a imposição dos fatos perante o Direito e a realidade passando a desmentir as Codificações, as alterações na *ratio essendi* das relações familiares, que passam agora a dar origem a um ninho de afeto, solidariedade e mútua construção de uma vida em comum¹⁹, têm auxiliado na dissolução da notória hipocrisia que acoberta a negação de efeitos jurídicos à orientação sexual, mais especificamente, às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

No entanto, inexistente no direito positivo pátrio regra específica tutelando a questão: a Constituição da República de 1988 não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual, bem como não faz menção às uniões homoafetivas. A Carta Magna somente faz alusão às uniões heterossexuais,

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 321.

¹⁸ *Ibidem*. p. 308.

¹⁹ *Ibidem*. p. 123.

reconhecendo como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*²⁰. Por sua vez, o Código Civil de 2002, ao disciplinar o tema da união estável, também seguiu as mesmas diretrizes²¹.

Apesar da ausente normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento. Soçobram, contudo, resquícios do ultrapassado modelo clássico que ainda é reproduzido, não lhe sendo lícito, felizmente, reduzir as ideias emergentes da jurisprudência à única concepção imutável. Nos dizeres do Professor Luiz Edson Fachin: “se, de um lado, predomina a valoração negativa das condutas, de outro se afirma tenuamente os novos valores, como a igualdade entre gêneros, liberdade e não discriminação.”²²

Expressão de tais valores, certas manifestações do Poder Público atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins²³, *status* semelhante aos das uniões entre homem e mulher. Todavia, não se pode dizer que seja uma opinião dominante ou incontroversa; pelo contrário, a análise da jurisprudência dos diversos tribunais revela a existência de pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMO-AFETIVA. COMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS. ORIENTAÇÃO FIXADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO. "A primeira

²⁰ Constituição Federal, artigo. 226, §3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

²¹ Código Civil, artigo 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

²² FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123.

²³ “Quer em decorrência de decisões judiciais com eficácia *erga omnes*, quer atendendo a pedidos formulados em sede administrativa, várias instâncias da iniciativa privada e da administração pública vêm baixando provimentos, instruções normativas e ofícios circulares garantindo direitos ou assegurando a concessão de benefícios a parceiros homossexuais. Assim, é dispensado o uso da máquina judiciária, o que empresta grande agilidade aos procedimentos reivindicatórios.” DIAS, Maria Berenice. **Uniões Homoafetivas: O preconceito & a Justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 82. São exemplos dos direitos assegurados: a) Circular 257/2004 da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP que regulamenta o direito do companheiro sobrevivente homossexual à percepção de Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – Seguro DPVAT; b) Resolução Normativa 77/2008 do Conselho Nacional de Imigração que dispõe sobre os critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou permanência definitiva, ao companheiro estrangeiro de um brasileiro, sem distinção de sexo; c) Instrução Normativa 25/2000 do Instituto Nacional de Seguro Social que estabelece a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão para o companheiro homossexual.

condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do direito das obrigações²⁴

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. SEPARAÇÃO DE FATO DO CONVIVENTE CASADO. PARTILHA DE BENS. ALIMENTOS²⁵. União homossexual: lacuna do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente a respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a Lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, em cumprimento ao art. 126 do CPC e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica. Reconhecimento de que a união de pessoas do mesmo sexo, geram as mesmas consequências previstas na união estável. Negar esse direito às pessoas por causa da condição e orientação homossexual é limitar em dignidade a pessoa que são. A união homossexual no caso concreto. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos da união estável (art. 1.723 do CC) e demonstrada a separação de fato do convivente casado, de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, *em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano*. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, tal como a partilha dos bens, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

Assim sendo, a facilitar a compreensão, emprestamo-nos das indagações de Ana Carla Harmatiuk Mattos que, ante a ausência de disciplina própria para o regime jurídico das uniões homoafetivas, propôs a seguinte linha de investigação.²⁶

²⁴ RESP. 502995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves. (TJSC; AI 2006.041589-0; Capital; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Newton Janke; DJSC 18/01/2008. p. 135)

²⁵ TJRS; AC 70021637145; Porto Alegre; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Rui Portanova; Julg. 13/12/2007; DOERS 11/01/2008. p. 36.

MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 68

Podem-se dividir os posicionamentos de defesa no Direito das parcerias homoafetivas em diversos grupos. Em primeiro lugar – por aqueles que defendem, segundo o presente contexto jurídico, a possibilidade de reconhecer-se eficácia para os relacionamentos estáveis gays -, utilizam-se diversos mecanismos, tais como: sociedade de fato, analogia com a união estável, interpretação e aplicação direta dos princípios constitucionais. Há também a defesa da aprovação de uma lei específica para tutelar os interesses das parcerias entre homossexuais.

No tocante à imposição da figura jurídica da sociedade de fato aos relacionamentos homossexuais, imperioso se faz conhecer o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, pela primeira vez, reconheceu efeitos jurídicos às uniões homoafetivas²⁷. Transcreve-se trecho da fundamentação da decisão:

A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa de incidência de regra assim tão ampla e clara significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.”

A jurisprudência majoritária, com fulcro no artigo 981 do Código Civil²⁸, ainda se inclina em reconhecer somente a existência de uma sociedade de fato nas relações homossexuais. Impende destacar que, embora forma de reconhecimento, a sociedade de fato é um instituto dos direitos obrigacional e comercial identificado exclusivamente com o vínculo negocial, com o fim comum do “contrato de sociedade”; ao contrário da união estável – relação afetiva com as características de uma família – que se insere no direito de família.

Desse modo, invoca-se, sob o fundamento de evitar o enriquecimento injustificado, o direito das obrigações, acabando por subtrair a possibilidade de

²⁷ STJ, 4ª Turma, Resp. n. 148897/MG. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. 10.02.1998.

²⁸ Código Civil, artigo 981: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

concessão do extenso leque de direitos que existe na esfera do direito de família e das sucessões.

Sem sombra de dúvida, a fórmula da sociedade de fato marcou uma evolução na jurisprudência, mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas, uma vez que oculta o caráter afetivo, aspecto central da questão, colocando-o como um fator irrelevante.

Destaca-se, nesse viés, a apropriada análise de Ana Carla Harmatiuk Matos:

Ao ser considerada como sociedade de fato a união homoafetiva e ter suas questões apreciadas pelas Varas Cíveis como decorrência de seus efeitos obrigacionais, implica-se um prejuízo para os parceiros, por não terem suas questões avaliadas por julgadores sensíveis a questões familiares. Além disso, ao se enquadrar no Direito de Família, acarreta-se uma série de efeitos decorrentes desse reconhecimento. A possibilidade de usar o nome, de frequentar o clube social do qual um dos parceiros é sócio, ser dependente para fins de imposto de renda, de pensão junto ao INSS são assuntos relacionados com as consequências próprias da *affectio maritalis*, da comunhão da vida estabelecida pelo afeto de seus membros.²⁹

Maria Berenice Dias³⁰, ao abordar as consequências jurídicas trazidas pelo reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedades de fato, compreende que, apesar de figurar aparentemente justa tal solução quando o fim do relacionamento se dá pela separação dos conviventes, quando se cuida da morte de um dos companheiros, a injustiça é patente: se com a separação, cada um recebe metade do patrimônio amealhado durante o período em comum, na hipótese de falecimento, a tendência ainda é outorgar ao sobrevivente somente a meação do patrimônio que conseguir provar que ajudou a construir, gerando enriquecimento sem causa dos parentes que não são herdeiros necessários.

Portanto, chamar as uniões entre pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato e não de entidade familiar acarreta a sua inserção no direito obrigacional, com consequente desabrigo pelo manto protetor do direito das famílias, o que acaba por ensejar o afastamento de direitos sucessórios.

Para os defensores do enquadramento das uniões homoafetivas como sociedades de fato, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua

²⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União Entre Pessoas do Mesmo Sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 87.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetivas**: O preconceito & a Justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 153.

identidade, constituírem famílias. Disso resulta negar a um grande conjunto de pessoas uma das dimensões básicas da dignidade e afetividade, caracterizando-se em preconceito incompatível com a tábua de valores da Constituição.

Esposando diverso entendimento, há corrente doutrinária que, ao ponderar sobre os diferentes pontos em comum entre a união estável e a parceria homoafetiva, defende que se devam aplicar, analogicamente, os textos legislativos referentes àquela enquanto não ocorrer o reconhecimento expresso das relações homoafetivas.

Destarte, entendem não restar dúvidas de que os elementos essenciais da união estável, identificados no Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes nas duas uniões. Portanto, os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Na esteira desse posicionamento, Maria Berenice Dias³¹ aponta que a solução dos conflitos decorrentes dos relacionamentos homossexuais encontra subsídios na instituição com a qual guarda mais semelhança – a família –, podendo, nesse conceito, enquadrar-se tanto na família constituída pelo casamento, como na união estável, que tem no artigo 1723 do Código Civil a indicação de seus requisitos.

No que pertine ao direito de casar, inexistente para a autora qualquer fundamento jurídico apto a conferir força normativa ao entendimento excludente da possibilidade de celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo. A nova definição legal de família se harmoniza com a previsão do casamento entre “cônjuges” do artigo 1.511 do Código Civil³². Ao mesmo tempo em que deixa de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, explicita que a heterossexualidade não é condição para o casamento.³³

Ensina-nos Maria Berenice que:

a lacuna da lei, ao não regulamentar as uniões homoafetivas, precisa ser colmatada por meio da legislação que regula os relacionamentos

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Unões Homoafetivas**: O preconceito & a Justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 153.

³² Código Civil, artigo 1511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

³³ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 160.

interpessoais com idênticas características, isto é, com os institutos que regulam as relações familiares. Neste aspecto, abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença há entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos. Ambos são vínculos que têm igual propósito, qual seja a concretização do direito fundamental à felicidade³⁴.

Outrossim, apresentando semelhante compreensão do tema, Luís Roberto Barroso³⁵ sustenta a tese de que o regime das uniões estáveis heterossexuais deve ser reconhecido às uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja por aplicação direta dos princípios constitucionais, que são as portas pelas quais os valores passam do plano ético para o mundo jurídico, seja por integração da lacuna legal existente através da analogia.

No entanto, ao deixar o mecanismo da analogia em segundo plano, sua tese principal reside na idéia de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero.

Ao considerar que, no ambiente filosófico do pós-positivismo, os princípios constitucionais deixaram de ser fonte secundária do Direito e foram alçados ao centro do sistema jurídico, Barroso defende que inexistente sequer lacuna legislativa, pois os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica impõem a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Diz ele:

Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um, e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da segurança jurídica, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade nas relações.³⁶

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Uniões Homoafetivas**: O preconceito & a Justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 153.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_diferentes.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2009.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 33.

Já sua tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Desse modo, admitindo que exista de fato omissão normativa na matéria, hipótese é de aplicar os princípios para saná-la, produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, das uniões estáveis entre homem e mulher às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Conclui-se, portanto, que as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são consequência direta e inexorável da orientação sexual e, por isso mesmo, são um fato da vida atinente a um espaço privado da existência não interdito, nem interditável, pelo Direito.

Nesse diapasão, impossível seria não colacionar a irrepreensível análise de Luís Roberto Barroso³⁷:

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de serem livres e iguais, de desenvolver a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo.

Dessa maneira, ainda que as relações homoafetivas tenham sua existência absolutamente desvinculada do reconhecimento jurídico-positivo do Estado, por tais relações envolverem questões de direitos fundamentais, demonstra-se deveras teratológico abandonar as uniões homoafetivas à esfera da discricionariedade legislativa: se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança³⁸.

³⁷ *Ibidem*. p. 12.

³⁸ *Ibidem*. p. 6.

2.3 AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES: A UNIÃO HOMOSSEXUAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Na contemporaneidade, a entidade familiar se definiu juridicamente com a vigência da Constituição de 1988, que chamara para si o papel de lei fundamental da família até então ocupada pelo Código Civil de 1916 e leis esparsas.

Iluminando a compreensão daquele momento histórico, as abalizadas lições de Luiz Edson Fachin³⁹:

O legado codificado desse sistema desenhou a família no liame estabelecido entre legitimidade e casamento. Do Código Civil até a Constituição Federal de 1988 a herança se manteve quase indivisa, impondo seus valores e gerando contradições. Ao aportar no texto constitucional, o conjunto de transformações embaladas pela viragem cultural do final do século XX, com os princípios da igualdade, da não discriminação e da neutralidade, o modelo ancorado no Código e nas leis esparsas, mesmo resistindo, cede lugar à constitucionalização do Direito de Família.

O modelo igualitário de família trazido pela Carta Magna se contrapôs ao modelo autoritário do Código Civil anterior. A família atual, marcada por interesses de cunho pessoal ou humano, que não a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, tipifica-se por elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade.

Além desse elemento nuclear que define o suporte fático da família constitucionalmente tutelada, o consenso, a solidariedade e o respeito à dignidade das pessoas que a integram são fundamentos da imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988.

Ao consagrar essa nova tábua de valores, a Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonializada, mas outros dois entes explicitamente (união estável e entidade monoparental), além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas.

Neste contexto, em face da ampliação do conceito de família, Semy Glanz define-a como

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.

um conjunto formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência. Pode ser formada por duas pessoas casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental); uma pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada, ou mesmo casada, com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes e descendentes, e colaterais – e estes até o quarto grau).⁴⁰

Em todos os tipos familiares – explícitos ou implícitos⁴¹ – há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber: afetividade, como fundamento e finalidade da entidade – com desconsideração do móvel econômico – e escopo indiscutível de constituição de família; a estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descompromissados, sem comunhão de vida e a convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma entidade familiar que se apresente assim publicamente. A constituição de família é o objetivo da entidade familiar, podendo ser aferido objetivamente, e não a partir da intenção das pessoas que a integram.⁴² Em vista disso, pode-se afirmar, com cristalina certeza, que o elenco constitucional da família não é *numerus clausus*.

⁴⁰ GLANZ, Semy. **A Família Mutante**. Sociologia e Direito Comparado. Inclusive o Novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 30. *apud* DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 178.

⁴¹ Heloísa Szymansk, reportando-se a Kaslow (2001), cita nove tipos de composição familiar que podem ser consideradas “família”: a) família nuclear, incluindo duas gerações, com filhos biológicos; b). famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações; c). famílias adotivas temporárias (Foster); d). famílias adotivas, que podem ser birraciais ou multiculturais; e) casais; f). famílias monoparentais, chefiadas pelo pai ou mãe; g) casais homossexuais com ou sem crianças; h) famílias reconstituídas depois do divórcio e i) várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo. PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias Possíveis: Novos Paradigmas na convivência familiar. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Del Rey: Belo Horizonte, 2004. p. 649.

⁴² LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 58.

Infelizmente, a interpretação dominante do artigo 226 da Constituição⁴³, entre os civilistas, ainda se consubstancia no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares explicitamente previstos.

Ademais, controvertem tais juristas acerca da hierarquização entre os tipos de entidade familiar, resultando em dois posicionamentos antagônicos⁴⁴: Para o primeiro, o principal argumento da desigualdade reside no enunciado final do parágrafo 3º do artigo 226, relativo à união estável: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Desse modo, haveria primazia do casamento, concebido como o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo a união estável e a entidade monoparental receberem tutela jurídica limitada.

Já para a segunda posição haveria igualdade entre os três tipos de entidades, inexistindo primazia do casamento, pois a Constituição assegura, como concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade, não podendo, portanto, o legislador definir qual a melhor e mais adequada.

Todavia, uma detida análise da dimensão e do alcance das normas e princípios contidos no artigo 226 da Constituição, em face dos critérios de interpretação constitucional, leva ao convencimento da superação do *numerus clausus* das entidades familiares.

Segundo Paulo Lôbo⁴⁵, chega-se à inclusão das entidades familiares não referidas explicitamente, mediante interpretação sistemática e teleológica de três preceitos constitucionais: o *caput* e os parágrafos 4º e 8º do artigo 226.

⁴³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁴⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 59

⁴⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p. 60.

Para ele, com o *caput* do artigo 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família: desapareceu a cláusula de exclusão, inexistindo qualquer menção a determinado tipo de família, como ocorrera com as Constituições brasileiras anteriores.⁴⁶

O autor refuta os posicionamentos contrários ao dizer que

o fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.⁴⁷

Dessa maneira, faz-se mister compreender que o *caput* do artigo 226 se trata de uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Outrossim, a regra do parágrafo 4º do artigo 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, tendo o termo “também” nela contido o significado de “igualmente, da mesma forma”, ou seja, de inclusão de fato sem exclusão de outros.

Além dos argumentos já mencionados apontarem para a configuração da cláusula de inclusão das uniões homoafetivas como entidade familiar, outros critérios podem ser utilizados para reforçar essa linha de entendimento.

Primeiramente, cumpre ressaltar a importância da pré-compreensão – que precede e condiciona a interpretação –, constituída pelos conteúdos, modo de comportamento, preconceitos, possibilidades de expressão e barreiras lingüísticas, e da inserção do intérprete num contexto de tradição, o que, certamente, tem contribuído para o predomínio do entendimento da continuidade da cláusula de exclusão das demais entidades familiares.⁴⁸

Adverte-nos sobre a pré-compreensão Luís Roberto Barroso⁴⁹:

⁴⁶ *Ibidem*. p. 60.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 60.

⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem, Violência** – elementos de uma Teoria Constitucional I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p.41. *apud* LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p 62.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 8.

As concepções religiosas dogmáticas, ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea. E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de expressar os seus pontos de vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual. Mas a ordem jurídica em um Estado democrático de direito não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Como assinalado, o interprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções para que possa ter autocritica em relação a sua ideologia e auto-conhecimento no tocante a seus desejos e frustrações. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela razão pública.⁵⁰ (...) O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo de seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto.

Carlos Maximiliano⁵¹ estabelece três critérios da interpretação ampla compatíveis com a hipótese em exame: primeiramente, cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito. Num segundo momento, quando a norma estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente e, por derradeiro, interpretam-se amplamente as normas feitas para abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus e gravames.

Lôbo⁵², ao aplicar esses critérios às normas constitucionais mencionadas sobre as entidades familiares, chegou às seguintes conclusões: “a) as entidades explícitas e implícitas enquadram-se no conceito amplo de família, do *caput* do artigo 226, por paridade de motivos; b) a referência à família tem sentido de princípio ou origem, devendo aplicar-se a todos os tipos que dela derivam lógica e necessariamente; c) o conceito de família, sem restrições, do artigo 226, aboliu as discriminações e injustiças das normas de exclusão contidas nas anteriores Constituições Brasileiras.”

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. p. 7. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_diferentes.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 204 e. 226.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63

Falando-se em hermenêutica, sobressai a autoridade do constitucionalista alemão Konrad Hesse, para quem a interpretação constitucional é concretização:

Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob a inclusão da "realidade" a ser ordenada. Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação, naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador; a atividade interpretativa permanece vinculada à norma.⁵³

Consequentemente, encontra-se o intérprete obrigado à inclusão em seu âmbito normativo dos elementos de concretização que permitam a solução do problema. Hesse entende que a interpretação da Constituição, por estar condicionada a fatos concretos da vida, não pode ignorá-los. Logo, a discriminação é apenas admitida quando expressamente prevista na Constituição. Se ela não discrimina, o intérprete ou o legislador infraconstitucional não o podem fazer.

A partir do método hermenêutico-concretizador, Hesse desenvolveu um catálogo de princípios de interpretação, hoje ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional. José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁴ refere-se ao “princípio da máxima efetividade” ou “princípio da interpretação efetiva”, que pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, ou seja, na dúvida, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia à norma constitucional.

Aplicando tal princípio à questão em tela: se dois forem os possíveis sentidos a serem extraídos dos preceitos do artigo 226 da Constituição Federal, deve ser preferido o que lhes atribui o alcance de inclusão de todas as entidades familiares, pois confere maior eficácia aos princípios de “especial proteção do Estado” (*caput*) e de realização da dignidade pessoal “de cada um dos que a integram” (parágrafo 8º).

Conclui-se, então, que os tipos de entes familiares explicitados nos parágrafos do artigo 226 da Constituição da República são meramente exemplificativos. Desse modo, as demais entidades familiares são tipos implícitos

⁵³ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1992. p. 40. *apud* LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 162.

incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no *caput* do premencionado artigo.

Assevera Paulo Lôbo⁵⁵ que a família, “como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade. (...) Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessária para a realização pessoal de seus integrantes.”

A Constituição, ao assegurar o direito à igualdade e proibir qualquer espécie de discriminação, inclusive em razão de sexo, agasalha implicitamente as uniões homossexuais. Portanto, a exclusão das uniões homoafetivas como entidade familiar não encontra fundamento na Lei Maior, mas na interpretação que se lhe confere. E, como a legislação infraconstitucional não tutela tal ente familiar, deve ele ser regido pelos princípios e regras constitucionais, bem como pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades.

2.4 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Como já fora explanado, o conceito de família tem sofrido importantes mudanças: a constitucionalização deslocou o foco do instituto para aspectos essenciais, em substituição às questões patrimoniais. O ente familiar tem sido caracterizado como meio de promoção ao desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição.

No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva: a chamada *affectio maritalis*. Conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, a mútua assistência afetiva entrelaça vidas, gerenciando em parceria os aspectos práticos de existência.

A afetividade, elemento central desse novo paradigma, consubstancia-se num aspecto do exercício do direito à intimidade, garantido pela Constituição Federal,

⁵⁵ LÔBO. Paulo Neto. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 61.

vindo a substituir a consaguinidade e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos.

Em vista disso, para a configuração de uma entidade familiar, não mais se exige, como elemento constitutivo, a existência de um casal heterossexual, a prática sexual – sisudamente denominada “débito conjugal” – e nem a capacidade reprodutiva.

Longe de configurar artificial aproximação, identifica-se nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento das entidades familiares. Inexistem, portanto, justificativas para deixar ao desabrigo do conceito de família a união entre pares homoafetivos. Ao se estabelecer autêntica *affectio maritalis* entre pessoas do mesmo sexo, configura-se uma comunidade familiar.

Compreendendo o quadro em que se inserem essas relações, Maria Berenice Dias declara:

Superados os antigos preconceitos acerca da impossibilidade de realização pessoal e da conquista da maturidade humana no seio das convivências homoafetivas, não há razão suficiente para a exclusão dessas comunidades no âmbito jurídico familiar, considerada principalmente a relação desta inserção com o princípio da dignidade humana. O fato é que os homossexuais estão assumindo para si a linguagem da ternura e da preocupação sentimental em suas relações amorosas, bem como remodelando padrões de conjugalidade e parentalidade, rompendo assim, os limites convencionais definidores da instituição familiar.⁵⁶

Àqueles que justificam seus preconceitos sob o frágil argumento de que inexistente amparo legal para que se reconheçam as uniões homoafetivas como família, eis a novidade: o conceito legal de família trazido pela a Lei 11.340/06, a denominada Lei Maria da Penha. De acordo com o inciso II do artigo 5º da referida lei, a família deve ser compreendida “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.”

Como o sistema jurídico é único, o conceito de família trazido na Lei Maria da Penha não tem seu significado restrito ao âmbito de competência dessa legislação, que visa a coibir e prevenir a violência doméstica. Portanto, o reconhecimento legal do conceito contemporâneo de família trazido pela Lei

DIAS, Maria Berenice. **Uniões Homoafetivas**: o preconceito & a Justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 130.

11.340/06 insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas, colocando-as, agora, sob o manto do direito das famílias.

Diante da nova definição legal, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica: as uniões homoafetivas já galgaram status de unidade familiar, não podendo mais ser reconhecidas como sociedades de fato, sob pena de se negar vigência à lei federal.

Também a jurisprudência, ainda que de forma implícita, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar: o Tribunal Superior Eleitoral⁵⁷ proclamou a inelegibilidade de companheira da prefeita de uma cidade do Pará, tendo em consideração que a Constituição Federal, em seu artigo 14, §7º⁵⁸, proíbe aos cônjuges de Presidente da República, Governadores e Prefeitos concorrer a qualquer cargo eletivo.

O fundamento da inelegibilidade por motivo de parentesco é salutar: não perpetuar no poder um mesmo grupo familiar e evitar a constituição de oligarquias que deem ensejo ao que se chama continuísmo. Com essa preocupação, a jurisprudência passou a reconhecer que não só o casamento, mas também as uniões extramatrimoniais impõem a mesma limitação, em face da presença de forte vínculo afetivo.

Agora que a Justiça afirmou que as uniões homoafetivas repercutem na esfera eleitoral, a ponto de gerar presunção de que pode haver interesses políticos comuns, imperiosa se faz a admissão que essas relações são entidades familiares.

Desse modo, se foram impostas restrições ao exercício de um direito, não existem motivos para continuar sustentando a falta de amparo legal para negar direitos diversos. Se as pessoas que vivem uma união homoafetiva contínua e duradoura têm de se submeter às restrições impostas pela legislação eleitoral, também elas devem se beneficiar de todo um arcabouço jurídico que confere direitos a pessoas que mantêm relação heterossexual contínua e duradoura. Demonstra ser mais que teratológico o fato de que os homossexuais tenham somente os mesmos

⁵⁷ **Registro de Candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade.** Art. 14, §7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de um relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da CF. Recurso a que se dá provimento (TSE, REsp Eleitoral 24.564, j. 01.10.2004, rel. Min. Gilmar Mendes)

⁵⁸ Artigo 14, §7º, Constituição Federal: "São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição."

ônus que recaem sobre as uniões heterossexuais e não usufruam os bônus daí decorrentes.

Vale ressaltar que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido.

Emprestando-me da força indagativa – e indignada – de Maria Berenice Dias sobre o modo pelo qual o mundo jurídico trata desta questão, pode-se inferir que se não está diante de posicionamentos que não tenham como primordial fundamento senão o preconceito. Se disso não se tratar, não se pode acreditar que o medo de inovar, de ir para além do que está rigidamente estabelecido em regras estáticas, o romper com os modelos jurídicos, impeça os juristas de construir normas jurídicas que tenham por essência os valores trazidos em nossa Lei Maior, principalmente o tão falado, mas pouco respeitado, princípio da dignidade da pessoa humana.

Afinal, como afirma Lênio Streck⁵⁹, os que defendem a impossibilidade de atribuição de caráter familiar às uniões homoafetivas incorrem, na verdade, no equívoco de olhar o novo com os olhos do velho.

⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 181. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Uniões Homoafetivas: O preconceito & a Justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 130.

3 DO SUPOSTO CONFLITO ENTRE NORMAS CONSITUCIONAIS: DIREITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL X PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Ao tratar do aspecto constitucional da adoção, mais especificamente, a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, é imperativo avaliar primeiramente o disposto no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esse dispositivo constitucional, reforçado pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta-nos a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente⁶⁰. Inserido em tal quadro maior e complexo, encontra-se implícito o Princípio do Melhor Interesse do Menor que, juntamente com o disposto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal⁶¹, é evocado pela maioria dos juristas contrários à adoção por casais homoafetivos, os quais tentam dissimular seus preconceitos – quase sempre baseados em fatores morais e religiosos – utilizando-se do texto legal *ipsis literis* e, por vezes, de observações pouco científicas. Eis o que diz Eduardo Oliveira Leite⁶²:

O que o legislador não quer e proíbe, sem vacilar, é que da união decorram direitos equiparáveis ao casamento, tais como, o direito de adotar. Porque, entre o direito das crianças, de terem pai e mãe, e a eventual pretensão do casal homossexual, em adotar, o legislador não vacilou e priorizou aquele direito, em detrimento deste.

⁶⁰ Para os efeitos legais, considera-se criança a pessoa que possua até doze anos incompletos e adolescente aquela que possua de doze a dezoito anos (artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

⁶¹ Art. 226, §3º, da Constituição Federal: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por Homossexuais e o Interesse das Crianças. In: _____. (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade: adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 23.

Neste capítulo, pretende-se demonstrar que, quando se trata da adoção por pares homoafetivos, a garantia do direito à orientação sexual, além de não contrariar o interesse do menor, vai ao encontro dos direitos da criança e do adolescente elencados na Constituição Federal.

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À ORIENTAÇÃO SEXUAL

A base jurídica para a construção do direito fundamental à orientação sexual⁶³ encontra-se no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal: ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como núcleo fundamental de nosso ordenamento jurídico, agregam-se os princípios da liberdade e da igualdade, corolários do artigo 5º, o qual trata dos direitos individuais.

Segundo Maria Berenice Dias⁶⁴, há uma relação direta entre o respeito à dignidade da pessoa humana e a proteção à livre orientação sexual, pois o Estado promete não apenas uma atitude de aceitação ou não invasão de suas vidas privadas, mas uma atitude positiva no sentido de garantir as suas liberdades. Com base nisso, ela conclui: “Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva.”

Na definição de Kant⁶⁵, dignidade faz relação a tudo aquilo que merece ser respeitado, não podendo ser estimado pecuniariamente. Nas palavras dele:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

⁶³ Segundo Roger Raupp Rios, “a orientação sexual é aqui compreendida como a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração e/ou conduta sexual direcionam-se para alguém de mesmo sexo (homossexualismo), sexo oposto (heterossexualismo), ambos os sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual)”.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103.

⁶⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986. p. 77.

Partindo de tais pressupostos, fica claro que o direito à orientação sexual é parte implícita da dignidade da pessoa humana. Afinal, não há preço, indenização ou bem material que substitua a subjetividade da opção sexual, seja ela heterossexual, celibatária ou homoafetiva. Além de ser um direito constitucional, essa escolha deve ser tutelada pelo Estado, o qual deve oprimir qualquer tipo de preconceito ou discriminação, a fim de que o indivíduo não se sinta obrigado a reprimir ou esconder sua sexualidade.

Na construção deste direito à orientação sexual, faz-se imprescindível a observação de outro princípio constitucional em seu dual aspecto: a igualdade.

Segundo Roger Raupp Rios⁶⁶, o princípio da igualdade em sua dimensão formal, “objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos, vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.” Desse modo, a igualdade perante a lei deve ser compreendida como direito à indiferença conforme preceitua o artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República, objetivando veemente repulsa a qualquer forma de discriminação seja por motivo de origem, raça, sexo, cor e idade.

Em referência à igualdade formal – e por sua extrema pertinência ao tema que ora se trata –, colaciona-se análise do supramencionado jurista:

Pode-se discutir se uma pessoa, pelo fato de ter uma determinada orientação sexual, está ou não impedido de adotar uma criança? Do ponto de vista da igualdade formal isso não se coloca. Não há nenhuma distinção legal que proíba, por exemplo, um heterossexual de adotar uma criança. Logo, não tem sentido excluir do processo de adoção o heterossexual pura e simplesmente pelo fato de ele ser heterossexual.⁶⁷

Por conseguinte, as regras de igualdade material, são aquelas que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, incisos XXX e XXXI).

⁶⁶RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 128-129.

⁶⁷RIOS, Roger Raupp. **Discriminação por orientação sexual**. Cadernos do Centro de Estudos da Justiça Federal, n. 24, 2003. p. 161.

A rigor, a igualdade na lei exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais. Para Raupp Rios⁶⁸, “o princípio da igualdade em sua dimensão material reclama tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os casos desiguais, na medida da desigualdade.”

Segundo Rios⁶⁹:

A dimensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize ou lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade. Vale dizer, em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada.

Finalizando a análise do princípio isonômico, indispensável ressaltar a distinção feita pelo autor entre o princípio da igualdade como princípio proibitivo da discriminação *versus* o princípio da igualdade como princípio da antissubjugação. Segundo ele, ainda que tenha se tratado de um avanço, o princípio da igualdade, ao ficar limitado ao princípio da antidiscriminação, reduz-se à visão simplista.

Alerta Raupp Rios⁷⁰ que é preciso ir além e interpretar o princípio da igualdade também como princípio da antissubjugação, que se relaciona com o da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve conferir igual reconhecimento de valor às pessoas, independentemente de sua condição, o que difere totalmente de se eleger um padrão ao qual os dessemelhantes devem ser equiparados.

No tocante à liberdade, o premencionado jurista se atém à privacidade, esfera de liberdade na qual o homem tem a possibilidade de escolher suas preferências em vários aspectos, dentre eles, inclua-se, a sexualidade. A partir da constatação de que essa esfera de liberdade pessoal também alcança a sexualidade, é que se tem compreendido que a proteção da privacidade abarca a escolha das preferências sexuais. Tal tutela, portanto, deve ser estendida sempre

⁶⁸ RIOS, Roger Raupp. **Discriminação por orientação sexual**. Cadernos do Centro de Estudos da Justiça Federal, n. 24, 2003. p. 134.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 136.

Ibidem. p. 161.

que um ato, quer seja privado ou público, estatal, judicial ou legislativo, adentrar na esfera protegida de liberdade de escolha.⁷¹

Valendo-se, ainda, do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, instituído no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, Luiz Edson Fachin⁷² reconhece que o direito à orientação sexual é direito personalíssimo e, como tal, “atributo inerente e inegável da pessoa humana”. Na qualidade de direito de personalidade, sua tutela deve ser assegurada pelo Estado, que deve “oferecer instrumentos para coibir ou prevenir a sua violação. Somente diante do respeito a esses direitos poderá ser assegurada, no seio familiar, a realização do valor fundante do ordenamento jurídico que é o da dignidade da pessoa humana.”⁷³

Como todo direito de personalidade, o direito à orientação sexual é intransmissível, irrenunciável, imprescritível, extrapatrimonial, absoluto, indisponível, vitalício, impenhorável e inexpropriável. Detalha-se:

- a) Intransmissível, pois a opção sexual não pode ser delegada a outrem; somente a própria pessoa pode definir seus desejos e atitudes sexuais, desde que sua prática não fira a liberdade de terceiros ou recaia na ilegalidade;⁷⁴
- b) Irrenunciável, porque ainda que opte pela abstinência sexual, essa não deixa de ser uma escolha e, portanto, está implícita no direito à orientação sexual;
- c) É imprescritível, visto que, ainda que o indivíduo se prive de utilizá-lo, ele nunca perecerá, podendo ser invocado a qualquer momento;
- d) Extrapatrimonial, pois não se lhe pode atribuir preço, apesar de sua violação ser passível de indenização por danos morais;
- e) Absoluto, ou seja, oponível *erga omnes*;
- f) Vitalício, já que acompanha a pessoa humana durante toda a sua vida e, até mesmo, depois da morte;

⁷¹ RIOS, Roger Raupp. **Discriminação por orientação sexual**. Cadernos do Centro de Estudos da Justiça Federal, n. 24, 2003. p. 165.

⁷² FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷³ DELGADO, Mário Luiz. Direitos da Personalidade nas Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade Humana**: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

⁷⁴ Alguns exemplos de atos sexuais recriminados pelo Código Penal: pedofilia, necrofilia, abuso de menores, atos obscenos e estupro.

g) Impenhorável e inexpropriável, como consequência natural da sua extrapatrimonialidade.⁷⁵

Apesar de visivelmente amparado pelos princípios constitucionais, o direito à orientação homossexual encontra-se marginalizado pela nossa legislação, que se omite ao não reconhecer a união homoafetiva e seus direitos decorrentes, contrariando seus próprios princípios fundamentais, especialmente, o da igualdade. Hodiernamente, a união homoafetiva é uma realidade, e a aparente indiferença do Estado⁷⁶, que se diz laico, demonstra a confusão entre o jurídico e o moral ou religioso.⁷⁷

Diretamente ligada ao direito à orientação sexual, a tutela da família formada pelo casal homoafetivo é, no entanto, totalmente negligenciada pelo Estado. Como bem explicita Delgado⁷⁸: “Não se pode sequer pensar na vida humana sem pensar na família, podendo-se afirmar, na feliz expressão de Sérgio Resende de Barros, que ‘o direito à vida implica o direito à família’⁷⁹.” Com o desrespeito, por parte dos legisladores, ao direito de o homossexual constituir família, outros direitos inerentes a esse restam prejudicados, como os direitos à concepção, à descendência e ao planejamento familiar, garantido pelo artigo 1565 do Código Civil.

Ainda que a legislação se exima de expressar os direitos do casal homoafetivo, algumas soluções práticas surgem para satisfazer seu desejo de constituir família e atingir a sua satisfação pessoal, como a adoção e as técnicas de reprodução humana assistida. Ao intento de consubstanciar essa realidade, alguns julgados têm se baseado nos princípios constitucionais para garantir a efetividade do direito que lhes assiste. Dessa situação, surge a questão: o direito à orientação sexual pode se tornar pleno sem ferir o princípio do melhor interesse da criança? A

⁷⁵ DELGADO, Mário Luiz. Direitos da Personalidade nas Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade Humana**: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 700.

⁷⁶ A Fundação IBGE, órgão do governo federal destinado à pesquisa e estatística, incluiu no Censo 2010 uma pergunta sobre a existência de cônjuges do mesmo sexo na residência pesquisada, o que já ocorrera na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2009 e no Censo 2007, realizado nas cidades com menos de 170 mil habitantes e mais 21 municípios. Fonte: <<http://www.ibge.gov.br>>

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 133.

⁷⁸ DELGADO, Mário Luiz. *Op. cit.* p. 704.

⁷⁹ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos**. Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 612.

seguir, pretende-se demonstrar a inexistência de conflito entre essas duas normas constitucionalmente instituídas.

3.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Embora não enunciado de modo expresse nos diplomas legais que versam sobre a proteção à criança e ao adolescente, o princípio do melhor interesse foi incorporado ao direito brasileiro e tornou-se ainda mais conhecido a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

O referido princípio enquadra-se na denominada “doutrina da proteção integral” expressa no artigo 1º do ECA e, por sua vez, originou-se na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de dezembro de 1989.

Sobre a Convenção, ensina Tânia da Silva Pereira⁸⁰:

Fruto do compromisso e negociação, ela representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis. Exige, por parte de cada Estado, que a ratifique, uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à sua infância, ou seja, pessoas menores de 18 anos.

Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, cujo artigo 3.1 dispõe que: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”⁸¹ (grifo nosso)

No entanto, destaca-se que o texto original em inglês assim declara: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare*

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do "melhor interesse da criança"**: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 6, p. 31-49, jul/set. 2000. p.31.

⁸¹ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A Adoção por Homossexuais**: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 104.

institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration."

Encontramo-nos, portanto, diante de dois conceitos diversos: o da versão original, vinculado a um critério qualitativo – *the best interest* – e a versão brasileira, dentro de um critério quantitativo – o interesse maior da criança. Considerando o conteúdo da Convenção, assim como as orientações constitucional e infraconstitucional adotadas pelo sistema jurídico brasileiro, mostra-se mais adequado optar pelo conceito qualitativo: o melhor interesse da criança⁸².

O princípio tem por escopo dar prioridade ao interesse da criança, que deve ser protegido pelo Estado, pela sociedade e pela família, em uma inversão dos antigos valores da família patriarcal. Ainda que primordial, tal princípio não exclui outros direitos e princípios, devendo ser sopesado com os demais interesses, sendo, no entanto, determinante na resolução dos conflitos.⁸³

No direito brasileiro, a adoção é regida pelo princípio do melhor interesse da criança, que se encontra implícito no artigo 43 da Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, instituidora do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos."

Se o melhor interesse da criança deve ser analisado primordialmente, pode ele, em uma situação de conflito com os princípios da igualdade, da liberdade e, especialmente, da dignidade da pessoa humana, já demonstrados como base para a livre orientação sexual, se sobrepor a todos os outros?

Desde logo, não é possível se afirmar que a adoção por um casal homoafetivo deflagra afronta ao melhor interesse da criança. Antes de se firmar posições preconceituosas e discriminatórias, necessário é analisar o caso concreto, pois, como bem comenta Peres, "para que os conflitos entre princípios se deflagrem, é imprescindível que se esteja diante de um caso concreto". Se, é claro, o prejuízo à criança for comprovado, serão resguardados os seus interesses, em virtude de sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.⁸⁴

A principal causa da resistência à adoção por homossexuais, com base no melhor interesse da criança, seria a crença na possibilidade de prejuízos de ordem

⁸² PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do "melhor interesse da criança"**: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 6, p. 31-49, jul/set. 2000, p.31

⁸³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53-55.

⁸⁴ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Op. cit.* p. 121-122.

psicológica, em virtude da falta de referências comportamentais de ambos os sexos. Ou ainda, um temor injustificado de que o filho de uma relação homoafetiva venha a ser homossexual.⁸⁵

Essa frágil argumentação é facilmente derrubada, considerando que a suposta falta de referência de algum dos sexos existiria também na adoção por pessoa solteira, a qual é possibilitada pela nossa legislação. Além disso, o modelo de referências femininas ou masculinas é comumente substituído por outros adultos que convivam com a criança, como os demais parentes ou até mesmo professores. Sobre a possibilidade de um suposto homossexualismo advindo da criação em uma família homoafetiva, cabe lembrar que os homossexuais em geral derivam de famílias heterossexuais, o que demonstra que a opção sexual dos pais não influi necessariamente na orientação sexual dos filhos.⁸⁶

Oliveira Leite⁸⁷, jurista veementemente contrário à adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo, fala da necessidade de triangularização da adoção, ou seja, a adoção deve ser formada por três personagens: pai, mãe e filho. Isso porque o fim principal da adoção está em oferecer ao menor uma família que substitua a biológica, a qual por algum motivo lhe foi negada.

Ainda que, com essa afirmação, o jurista pretenda insistir na impossibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, ele acaba por demonstrar a necessidade de triangularizar a adoção por esses casais, o que não é previsto atualmente em nossa legislação infraconstitucional. Devido à permissibilidade de nossa legislação, é comum a adoção por apenas uma das duas partes do casal, ficando a outra juridicamente excluída dessa relação.

Esse sistema simbólico triangular de modelo familiar se inspira no processo biológico de reprodução humana, o chamado “modelo genealógico”. Esse nome foi dado pela antropóloga Françoise-Romaine Ouellette, que considerava que o ponto crucial desse modelo não estava no aspecto biológico, mas no “princípio da exclusividade da filiação”, através do qual a criança estaria ligada a dois “indivíduos

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 211.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 211-221.

⁸⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por Homossexuais e o Interesse das Crianças. In: _____. (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade**: adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11-18.

de sexo diferente, pertencentes a uma geração ascendente e que, em tese, a teriam gerado conjuntamente”.⁸⁸

A psicanalista Geneviève Delaisi de Parseval compartilha da preferência da criação do menor realizada por um casal, ao invés de uma pessoa somente, mas sua teoria permite a adoção por um par homoafetivo. Isso porque “acredita ser necessário que (a criança) seja criada por dois adultos que possam desenvolver o trabalho psicológico relacionado à parentalidade”.⁸⁹

Fachin cita alguns aspectos a serem considerados para a aprovação da adoção: a ligação afetiva entre o adotante e a criança; habitualidade do adotante em lhe dar amor e orientação; habilidade de prover a criança com os alimentos necessários; padrão de vida estabelecido; condições de saúde do adotante; o lar, a escola, a comunidade e os laços religiosos que se pretende oferecer ao adotado; e, especialmente, a preferência do adotado, através de sua oitiva, caso possua idade suficiente para produzir opinião própria.⁹⁰

Como se vê, a orientação sexual é um fator menor, tendo em vista que nada impede um casal homoafetivo de prover o adotado de todos os recursos materiais necessários e ainda lhe dar toda a educação, o afeto e amor de que ela precisa.⁹¹ Se o objetivo é garantir o melhor interesse da criança, a orientação sexual de seus futuros pais não deve fazer parte de análise, e sim, sua personalidade, seu caráter e sua possibilidade de lidar com as necessidades infantis⁹².

Deve-se lembrar, ainda, que nossa realidade social não nos permite negar a uma criança, pela simples discriminação quanto à orientação sexual, uma família adotiva. Grande número de crianças permanece em abrigos, sem esperanças de serem adotadas, saindo de lá apenas quando atingida a maioridade. Restringir a adoção em virtude da homossexualidade do adotante, além de inconstitucional, fere o interesse da criança, pois lhe retira uma chance de ver supridas suas necessidades. Nas sábias palavras de Dias⁹³:

⁸⁸PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Op. cit.* p. 121-122.

⁸⁹ *Idem.* p. 122.

⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade**: Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: 1996. p. 98.

⁹¹ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Op. cit.* p. 131.

⁹² GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 222.

Posturas pessoais ou convicções de caráter subjetivo, de ordem moral ou religiosa, não devem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais nem lar, terá melhor formação se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexo distintos ou não. Mister assegurar às crianças o direito de ter um lar.

No Brasil, exatamente pela resistência em reconhecer esse tipo de relação familiar, há poucos estudos sobre as consequências da homossexualidade dos pais no desenvolvimento da criança. Contudo, vários estudos sobre o assunto foram realizados nos Estados Unidos, e seus resultados contrariam qualquer hipótese vislumbrada pelos mais conservadores. Não houve sinal de dano psicológico, nem alterações na sexualidade dos filhos de casais homoafetivos. As meninas não tiveram suas características femininas alteradas e o mesmo acontece com as características masculinas dos meninos, não deixando, por exemplo, de utilizar brinquedos típicos de cada sexo. Além disso, um estudo realizado na Califórnia revelou que 90% (noventa por cento) dos filhos de pais homossexuais se tornaram adultos heterossexuais, taxa igual à das famílias heterossexuais.⁹⁴

A justificativa mais absurda e, infelizmente, não incomum para se recusar a adoção aos casais homoafetivos, com base no melhor interesse da criança, reside no temor de que o adotado possa sofrer abusos sexuais. Esse medo não tem fundamento, a não ser a ignorância de muitos sobre as relações homoafetivas, que confundem homossexualidade com pedofilia. As estatísticas demonstram que os abusos domésticos conhecidos são realizados por homens heterossexuais, sendo que, em quase 70% (setenta por cento) dos casos o agressor é o próprio pai biológico, em cerca de 30% (trinta por cento) é o padrasto e em menos de um por cento é o pai adotivo. Nenhum dos abusos registrados foi realizado por pais homossexuais.⁹⁵

Dentro do apresentado, percebe-se que inexistem motivos para considerar que há conflito entre o melhor interesse da criança e o direito à paternidade dos homossexuais. Muitas vezes, ocorre justamente o oposto: com a motivação infundada de proteger seu melhor interesse, excluem-se juridicamente algumas

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 219.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 220.

crianças, tirando direitos que lhe apeteçam pela falta de reconhecimento da relação familiar homoafetiva.⁹⁶

3.3 ENTRAVE SUPERADO: A INEXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE AS NORMAS

Como já demonstrado, inexistente conflito entre o melhor interesse da criança e o direito à orientação sexual. Em verdade, pretende-se demonstrar adiante quais são os casos em que a conjugação dessas normas é fundamental para melhor avaliar a realidade e a falta que faz uma legislação específica sobre o assunto.

O ordenamento jurídico pátrio prevê, como requisitos para o adotante: ser maior de dezoito anos (artigo 1618, CC), ter pelo menos dezesseis anos a mais que o adotando (artigo 1619, CC e artigo 42, §3º, ECA) e não ser ascendente ou irmão do adotando (artigo 42, §1º, ECA). Prevê ainda que duas pessoas só podem adotar alguém em conjunto se forem marido e mulher ou conviverem em união estável (artigo 1622, *caput*, CC).

Como se vê, a interpretação estrita de nossa legislação impede a adoção pelos casais homoafetivos, tendo em vista a falta de reconhecimento legal desse tipo de união. No entanto, demonstrando uma patente hipocrisia, não há qualquer restrição à adoção por pessoa solteira homossexual, pois o que não é permitido pelas convenções sociais é ostentar a orientação sexual da maneira mais óbvia possível, que se dá pelo relacionamento entre pares homossexuais.⁹⁷

Diante dessa permissividade legal, muitos homossexuais se habilitam para adotar sozinhos uma criança, tendo sua pretensão alcançada. Isso não impede que, na realidade, essa criança vá conviver com uma família homoafetiva.

Ademais, não se pode olvidar que existem ainda casos em que um indivíduo homossexual decide ter um filho biológico. Isso pode ocorrer antes ou na constância da união homoafetiva, naturalmente ou pelos métodos de inseminação artificial, mas, de qualquer forma, geneticamente, o filho possui apenas um pai/mãe biológico presente, sendo que a relação com a outra figura do casal se dá apenas pelo convívio e pela afetividade.

⁹⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: _____. (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade**: adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 70.

⁹⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 496.

Neste sentido, demonstrando a força dos fatos perante o Direito, colaciona-se o acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido.⁹⁸

Esses casos descritos não são poucos, nem ilimitadas são suas possibilidades. O que se percebe é que o texto legal, na prática, não impede os casais homoafetivos de terem filhos, mas impede essas crianças de terem praticados seus direitos constitucionais, sendo tratados de modo desigual em relação aos filhos de pais heterossexuais.⁹⁹

Com o falecimento de um dos cônjuges, por exemplo, a falta de reconhecimento jurídico da paternidade conjunta traria implicações de duas ordens. A primeira, e mais óbvia, seria o impedimento ao direito de sucessão, caso a morte recaísse sobre o pai não reconhecido juridicamente. Outra decorrência seria a dificuldade de obtenção da guarda da criança, no caso de morte do pai legítimo, por parte do outro par.

Casos semelhantes ocorrem quando da separação do casal homoafetivo. A criança sofre tanto quanto sofreria outra criança no caso de divórcio de pais heterossexuais, no entanto, vê ainda privados seus direitos mais óbvios, como a escolha da guarda que melhor lhe convenha, o direito de visitas e a possibilidade de requerer alimentos ao pai cuja parentalidade não é reconhecida.

Podemos citar outros direitos que acabam sendo privados às crianças filhas de casais homoafetivos: o direito ao nome de ambos os pais, tendo em vista que em seu registro aparece apenas o nome do pai de registro; o direito a figurar como

⁹⁸ Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: _____. (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade: adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 74-75.

dependente do outro par; a ligação com ambas as linhagens familiares, entre outros.¹⁰⁰

Para esses casos, cabe ao julgador verificar, com base no melhor interesse da criança, sua situação fática, concedendo-lhe a filiação sócioafetiva. Através desse instituto moderno, é reconhecido o vínculo parental, que sobrepõe a verdade biológica, pela identificação da “posse do estado de filho”.¹⁰¹ Não obstante, o reconhecimento legal da possibilidade de figuração de pais de mesmo sexo em registro civil, através do instituto da adoção, facilitaria o reconhecimento dos direitos dessas crianças, reduzindo a discriminação que o Estado lhes proporciona pela atual indiferença com que trata essa situação.

De qualquer forma, há que se enfatizar que o direito mais negado às crianças, através da omissão legislativa relativa à adoção por casais homoafetivos, é uma família substituta, um lar, direito fundamental de todo indivíduo.

Por sua fundamentação mais que oportuna, transcreve-se outro acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.¹⁰²

Logo, ao partir da premissa de que as uniões entre pares homoafetivos são uma entidade familiar constitucionalmente não proibida – e que, desse modo, não diferem dos demais entes no que pertine aos elementos essenciais à construção de

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 217.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 217-218.

¹⁰² TJRS - Apelação Cível nº 70013801592 - Comarca de Bagé – 7ª C. Cível - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos J. 05.04.2006)

um apropriado lar ao menor adotante –, faz-se imperioso concluir que o direito fundamental à orientação sexual, quando se desdobra na possibilidade de um casal do mesmo sexo querer adotar uma criança, instrumentaliza-se em mecanismo protetivo dos interesses do infante, conferindo, portanto, maior efetividade ao princípio do melhor interesse da criança.

4 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

A Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) descreve família como:

[...] o conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residentes na mesma unidade familiar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e os agregados da família e, por normas de convivência, as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estar ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se, como famílias conviventes, as constituídas de, no mínimo, duas pessoas cada uma, que residam na mesma unidade domiciliar.¹⁰³

Partindo dessa definição, fica claro que não há como se excluir do conceito de família as uniões homoafetivas, com ou sem filhos, sejam eles biológicos ou adotados, de cada um ou de ambos os parceiros. Se essas entidades familiares são formadas com base na afetividade, estabilidade e convivência pública, está claro que o vínculo familiar deve ser tutelado pelo Estado.¹⁰⁴

Na Constituição de 1988, ao suprimir a expressão “constituída pelo casamento” existente no texto das antigas constituições brasileiras, o legislador constitucional deu espaço a uma interpretação não taxativa do rol descrito no seu artigo 226.¹⁰⁵

Para quem ainda tinha dúvidas sobre a possibilidade da inclusão da família homoafetiva no âmbito de tutela do Estado, a Lei Maria da Penha, que trata da prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, expressamente¹⁰⁶, reconhece a orientação sexual diversa à heterossexual como formadora de entidade familiar.

¹⁰³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. [S.l.], v. 7, n. 30, p. 124-159, jun./jul. 2005.

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57-58.

¹⁰⁵ *Ibidem*. Op. cit. p. 60.

¹⁰⁶ Artigo 2º, Lei 11340/2006: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.”

Como a união homoafetiva está descrita em uma lei que trata de violência familiar, fica afastada a incidência da Sumula 380 do Superior Tribunal Federal, já citada nesse estudo, pois não se trata de sociedade de fato. Com o advento da Lei Maria da Penha, pode-se dizer que nosso ordenamento jurídico reconhece a família homoafetiva e, portanto, todos os benefícios existentes no Direito de Família, inclusive, juízo específico, podendo suas ações serem distribuídas para as Varas de Família.¹⁰⁷

4.1 A CONCLUSÃO ESPERADA: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS DO MESMO SEXO

Conforme já demonstrado neste estudo, não há disposição no Estatuto da Criança e do Adolescente ou no Código Civil que possibilite claramente a adoção por um casal homoafetivo. Contudo, também não há restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou à orientação sexual do indivíduo que queira adotar isoladamente.¹⁰⁸

Se não há qualquer restrição expressa, não se pode dizer que nossa legislação proíbe a adoção por pessoas de orientação homossexual. Assim, “na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo Estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens ao adotando.”¹⁰⁹

Considerando inicialmente a disposição constitucional, temos o princípio da dignidade da pessoa humana como base elementar para qualquer discussão jurídica. Esse princípio, instituído no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, na questão da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, deve ser observado por dois vieses: o do adotante e o do adotado.

Da perspectiva do adotante, deve-se notar que o direito à orientação sexual é direito personalíssimo, implícito no princípio da dignidade da pessoa humana, “pois diz respeito diretamente à irradiação social da personalidade, bem como ao sentido da felicidade e realização de quem se percebe homossexual.”¹¹⁰ Além disso, faz parte da dignidade da pessoa humana o direito ao planejamento familiar, cabendo

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 141-142.

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 213.

¹⁰⁹ *Ibidem*. p. 214.

ao Estado fornecer recursos para que isso seja possível, conforme dispõe o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.¹¹¹ No caso dos casais homoafetivos, o direito à adoção é fundamental para vislumbrar o planejamento e a formação de uma família com filhos, a fim de levar a cabo o direito à paternidade a que faz jus cada indivíduo.

Já sob a perspectiva do adotado, a afronta à sua dignidade está em obrigar o menor a permanecer em abrigos e instituições, sendo que o fim maior do Estatuto da Criança e do Adolescente está em “garantir-lhe um lar seguro, que lhe ofereça amor e carinho, independentemente da orientação sexual daqueles que lhe acolhem.”¹¹² Afinal, possibilitar a adoção por casais homossexuais atenderia à necessidade, em nosso país, de “viabilizar com urgência mais uma alternativa para a tutela e a proteção de crianças desamparadas, contribuindo, assim, para reduzir os trágicos índices sociais que vergonhosamente ainda ostentamos para o mundo.”¹¹³

Ainda sob o aspecto constitucional, levando-se em consideração que a Constituição exige igualdade de direitos, sem discriminação em razão de orientação sexual, e respeito à dignidade da pessoa humana, não poderia a legislação infraconstitucional excluir o direito à adoção puramente em razão da sexualidade dos indivíduos. E, realmente, tal exclusão não existe, pois os legisladores preferiram permanecer omissos com relação à possibilidade de adoção por casais homossexuais.

Ao analisar o disposto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus títulos concernentes à adoção, percebe-se que, quanto aos requisitos para adotar, as diferenças são mínimas e ambas as leis viabilizam a existência de vínculo adotivo entre uma criança e um casal homoafetivo,

desde que, acolhida a inicial, preenchidas todas as exigências legais, deferida a guarda provisória e sendo favorável o resultado do estudo psicossocial, o juiz fundamente o seu convencimento, com base na

¹¹⁰ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 142.

¹¹¹ PINHEIRO, Paula Tathiana. Da ausência de vedação à adoção por homossexuais, segundo o ordenamento jurídico pátrio. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica**, Bauru, n. 43, p. 189-217, maio/ago. 2005.

¹¹² GALVÃO, Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 8, n. 40, p. 72-99, fev./mar. 2007.

¹¹³ D'ELIA, Maria Elisa e Otávio. Adoção de Menores por Casais Homossexuais. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. p. 90.

estabilidade de união homossexual, considerando-lhe, por exemplo, pela aplicação analógica da legislação pertinente, uma união estável.¹¹⁴

O maior empecilho encontrado para a adoção conjunta por casais formados por pessoas do mesmo sexo é o artigo 1622 do Código Civil: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”. No entanto, como bem assevera Andrade¹¹⁵, a interpretação desse artigo, assim como de qualquer outro dispositivo infraconstitucional, deve se conformar com todo o ordenamento jurídico, subordinando-se aos princípios constitucionais, que prevalecerão na existência de conflito, em razão do princípio da supremacia da Constituição Federal.

Uma análise mais criteriosa do citado artigo do Código Civil demonstra que, na verdade, ele não traz óbice para a adoção por parte de um casal homossexual, visto que o texto legal possibilita a adoção por duas pessoas que vivam em união estável, não declarando que os indivíduos necessitam ser de sexos diferentes.

A união homossexual pode representar uma união estável, mesmo não caracterizando a união entre homem e mulher descrita no artigo 226, §3º, da Constituição Federal. Isso porque a identidade das situações permite que toda a legislação pertinente à união estável heterossexual seja extensível às uniões homossexual, pela presença dos requisitos de uma vida em comum, dentre eles: o respeito, o afeto, a solidariedade e a assistência mútua.¹¹⁶

A interpretação legislativa deve acompanhar as mudanças sociais, evitando exclusões e satisfazendo à ansiedade da população. Por isso, a omissão legislativa com relação à adoção por casais homoafetivos deve ser suprida através da aplicação da analogia e dos princípios constitucionais, conforme previsto no artigo 4º do Decreto-Lei 4657/1942 – a Lei de Introdução ao Código Civil –, que dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”¹¹⁷

¹¹⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, [S.l.], v. 7, n. 30, p. 124-159, jun./jul. 2005.

¹¹⁵ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *Op. cit.* p. 118.

¹¹⁶ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões Homossexuais e seus Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Método, 2004. p. 68.

¹¹⁷ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, [S.l.], v. 7, n. 30, p. 124-159, jun./jul. 2005.

Quanto à possível incompatibilidade entre a adoção por pares homoafetivos e o princípio do melhor interesse da criança, ressaltamos que a orientação homossexual dos pais, por si só, não impede que a adoção traga reais vantagens para o adotando, conforme requer o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, o que deve ser analisado é a conduta do adotante, não sua sexualidade.¹¹⁸ Sobre o assunto, eis a opinião de Matos:

Com relação ao desenvolvimento das relações de filiação, acredita-se que, em vários casos concretos, os parceiros do mesmo sexo atendam perfeitamente ao necessário critério do melhor interesse da criança – não havendo, pois, óbices para seu não-reconhecimento. No entanto, talvez tomada genericamente a possibilidade legislada da adoção, nesses casos e nos dias atuais, poder-se-á conduzir a uma forte contestação às reivindicações dos movimentos sociais gays. O solo para esse reconhecimento ainda necessita ser arado e adubado adequadamente para produzir bons frutos. Num futuro brevíssimo, a sociedade há de estar mais aberta à questão, tendo-se em vista as conquistas progressivamente alcançadas.¹¹⁹

O melhor interesse da criança deve ser o principal alvo quando se pensa em permitir a adoção por casais homoafetivos, pois, como vislumbra Santana¹²⁰, reduziria o atual drama de muitas crianças e adolescentes, os quais poderiam receber educação, assistência material, moral e intelectual, além de todo afeto, amor e carinho necessários para “se tornarem adultos normais. e aptos para uma vida como a de qualquer outra criança nascida e criada em um lar comum, em vez de serem relegadas ao abandono e à marginalidade.”

Lembramos ainda que a adoção por pessoa homossexual individualmente é permitida em nosso ordenamento jurídico. Por isso, uma solução encontrada por muitos casais homoafetivos é a habilitação de apenas um do par para a adoção, não identificando, em geral, sua homossexualidade. Contudo, depois de deferida a

¹¹⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. União Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo: família homoafetiva. **Relatório de Jurisprudência IOB**, Caderno 3, n. 17, 1ª quinzena set. 2002. p. 469.

¹¹⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Iguais mas diferentes**. Efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. 2003. Tese de doutoramento, Universidade Federal do Paraná, Curitiba-Paraná, 2003. p. 66-67.

¹²⁰ SANTANA, Eunices Bezerra Santos e. **A omissão da legislação civil pátria na regulamentação das uniões homoafetivas, frente à compatibilidade dessas relações com a Constituição Federal de 1988**. Monografia apresentada à Universidade Tiradentes como um dos pré-requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito. p. 28. *apud* ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. [S.l.], v. 7, n. 30, p. 99-123, jun./jul. 2005.

adoção, o menor conviverá com o casal, que exercerá a função parental conjuntamente.¹²¹ Como consequência,

quem é adotado por um só dos parceiros só poderá buscar eventuais direitos, tais como pensão alimentícia, benefícios de cunho previdenciário ou sucessório com relação ao adotante. Não poderá desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também tem como verdadeiramente seu pai ou sua mãe, quer pela separação do par, quer pela morte do que não é legalmente o genitor. Essa limitação acarreta injustificável prejuízo ao menor.¹²²

É visível, portanto, que não admitir a adoção por um casal homossexual, mas possibilitar que um indivíduo homossexual adote sozinho é um contrassenso. O princípio do melhor interesse da criança, aplicado ao caso concreto, deve ser a justificativa para autorizar ou não a adoção conjunta pelos casais homossexuais, não o preconceito em razão da sexualidade.

4.2 A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

A polêmica referente à adoção por casais homoafetivos não é exclusividade do Brasil. A seguir, veremos como alguns países considerados desenvolvidos reagem a essa nova possibilidade de formação familiar, seja através de sua legislação, seja através de sua jurisprudência.

Os Estados Unidos são conhecidos pelo seu sistema jurídico diferenciado, em que cada um de seus Estados pode elaborar sua legislação, desde que não contrarie as normas estabelecidas pela Constituição norteamericana. Em decorrência disso, cada Estado possui grau diferente de aceitação com relação à adoção por casais homoafetivos.¹²³

O Estado da Flórida, por exemplo, é o único que proíbe expressamente a adoção por homossexuais. Nos demais Estados, assim como no Brasil, é possível o

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 224.

¹²² GALVÃO, Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 8, n. 40, p. 72-99, fev./mar. 2007.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 142.

requerimento da adoção por indivíduos homossexuais, pois não há qualquer legislação específica proibindo ou permitindo esse tipo de adoção. Em pelo menos vinte e um desses Estados já foi concedida, pelos Tribunais, a adoção de filho de homossexual ao seu cônjuge, tendo em vista a equiparação aos direitos dos heterossexuais, já que a Lei de Adoção norteamericana permite que o filho seja adotado pelo companheiro do pai ou mãe biológico, além, é claro, do melhor interesse da criança.¹²⁴

Nesses Estados, a discussão se mantém em outro plano: essas decisões devem ou não integrar a legislação estadual? Isso porque os Estados Unidos utilizam a *common law*, sistema através do qual a interpretação dos Tribunais passa a vincular as próximas decisões sobre o assunto, dentro do respectivo Estado, pois os julgados da corte de apelação passam a ter força de lei, a não ser que seja editada lei em sentido contrário.¹²⁵ Para uma comparação com nossa realidade, esse sistema é parecido com o adotado no Brasil no caso das súmulas vinculantes.

Cabe ressaltar que os tribunais de Apelação dos Estados do Colorado, Connecticut e Wisconsin não permitiram a adoção por casais homoafetivos, interpretando assim restritivamente suas respectivas legislações. Segundo as leis estaduais, podem adotar somente pessoas solteiras, formalmente casadas ou cônjuges dos pais biológicos e, portanto, pares homossexuais não se enquadram em nenhuma dessas categorias.¹²⁶

Já no Canadá, a Lei C-38, de 19 de julho de 2005, possibilitou o casamento entre pessoas de mesmo sexo, concedendo-lhes também os direitos correspondentes ao casamento heterossexual, inclusive o direito à adoção.¹²⁷

Na Europa, em 08 de fevereiro de 1994, Resolução do Parlamento Europeu regulamentou a paridade de direitos dos homossexuais da Comunidade Europeia. Nessa Resolução, previa-se um prazo de cinco anos para a elaboração de propostas legislativas que garantissem a paridade de direitos aos homossexuais, incluindo o direito à adoção. Desde então, várias outras resoluções foram feitas a fim

¹²⁴ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 140.

¹²⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A Adoção por Homossexuais**: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 207.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: O preconceito & a Justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

de proteger os direitos dos homossexuais.¹²⁸ No entanto, os países agiram de maneiras diversas a essas orientações que deveriam ser cumpridas por toda a Comunidade Europeia.

Na Holanda, país em que cerca de 20 mil crianças vivem em lares homossexuais, lei específica autoriza a adoção conjunta por casais homoafetivos desde 2001; porém, a adoção por esses casais é restrita a crianças holandesas ou domiciliadas na Holanda. Antes de ser concedida a adoção, no entanto, verifica-se a possibilidade de restabelecer o adotando na família de origem.

Ainda que o casamento homoafetivo seja permitido na Holanda¹²⁹, o par homossexual não precisa ser legalmente casado, nem registrar a parceria, apenas comprovar que a união estável existe há pelo menos três anos. Além disso, deve o casal demonstrar que possui condições materiais e emocionais para adotar, bem como comprovar que tem há mais de um ano a intenção de realizar a adoção conjuntamente.¹³⁰

Na Bélgica, o casamento civil entre homossexuais foi permitido através de lei que entrou em vigor em 1º de junho de 2003. Apesar de conferir aos casais homossexuais os mesmos direitos dos casais heterossexuais, não lhes concedia o direito à adoção conjunta.¹³¹ Esse direito somente passou a existir em 1º de dezembro de 2005.¹³²

A Dinamarca (1989), seguida por Noruega (1993), Israel (1994), Suécia (1995), Islândia, Hungria e Groenlândia (1996), Finlândia (2001), Alemanha (2002) e Suíça (2007), regulamentou a parceria registrada para casais homossexuais. Contudo, apenas a Suécia possibilitou a adoção conjunta, enquanto a Dinamarca e a Islândia possibilitam apenas que o companheiro adote o filho do parceiro homossexual. Além disso, em 1996, a Islândia vetou aos parceiros registrados o direito à adoção e à inseminação artificial.¹³³ “Em abril de 2008, Israel reconheceu

¹²⁸ *Ibidem*. p. 175.

¹²⁹ No ano 2000, a Holanda foi o primeiro país a aprovar lei permitindo o casamento civil entre homossexuais.

¹³⁰ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Op. cit.* p. 145.

¹³¹ *Ibidem*. p. 202.

¹³² DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 64.

¹³³ PERES, Ana Paula. *Op. cit.* p. 202-203.

pela primeira vez a adoção de uma criança por um casal homossexual, concedendo a nacionalidade israelense ao filho.”¹³⁴

Na Catalunha, desde 1998 vigora a Lei da Parceria, que regula as uniões estáveis hétero e homossexuais. Essa lei, porém, previa apenas a possibilidade de adoção conjunta pelos casais heterossexuais. Somente em 2004 foi aprovada lei autorizando também a adoção por casais homossexuais. Aragão, Navarra e Valência também aprovaram leis que reconheciam os direitos dos casais que viviam em união estável, independente da orientação sexual, sem conceder-lhes o direito à adoção em conjunto. Finalmente, em 30 de junho de 2005, foi aprovada na Espanha lei modificando o Código Civil, a fim de permitir o casamento entre homossexuais, concedendo-lhes todos os direitos dos casamentos heterossexuais, inclusive, o direito à adoção conjunta.¹³⁵

Na França, a Lei 99-994, de 15 de novembro de 1999, disciplinou o pacto civil de solidariedade e a união estável, entre pessoas de sexos diferentes e do mesmo sexo. No pacto civil, o casal celebra um contrato com o fim apenas de organizar a vida comum; na união estável, existe uma vida em comum que pretende ser estável e contínua, entre duas pessoas que moram juntas.

Tal lei não faz distinção entre a orientação sexual do casal, mas também não lhes confere o direito à adoção. A adoção conjunta é restrita a pessoas casadas, mesmo no caso dos pares heterossexuais. A justificativa é que não há impedimentos para que eles se casem, então, “se os companheiros se recusam a se submeter às exigências legais do casamento, não podem querer se beneficiar de alguns dos seus efeitos.” Já os casais homossexuais não são considerados aptos a atenderem às necessidades da criança, por não estarem dentro dos parâmetros de uma família tradicional.¹³⁶

Como no Brasil, em França não há qualquer empecilho legal para que um homossexual se habilite à adoção individualmente. Contudo, como o número de crianças adotáveis é menor que o de candidatos à adoção, na prática o tradicionalismo persiste e, em geral, uma pessoa solteira pode ter seu pedido negado, na avaliação preliminar realizada pela Administração, exclusivamente por haver declarado sua homossexualidade. Essa atitude discriminatória não recai

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 69.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 203.

¹³⁶ *Ibidem.* p. 169-172.

apenas sobre os homossexuais, pois, com o fim de proteger o melhor interesse da criança, em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos a adoção é deferida para casais jovens e heterossexuais.

De modo geral, indefere-se desde logo a adoção aos homossexuais, às pessoas com mais de cinquenta anos e aos que possuam filhos adultos ou deficientes. Aos solteiros, relegam crianças deficientes ou mais velhas, as quais costumam ser preteridas pelos casais. Em razão dessas atitudes discriminatórias, algumas decisões isoladas foram reformadas pelos Tribunais Administrativos franceses, as quais impediam alguém de adotar apenas pela sua condição homossexual, apesar de presentes os demais requisitos para a adoção.¹³⁷

Na Inglaterra, desde setembro de 2001, também existe um Registro de Parceria de casais homossexuais, em que não lhes são concedidos, porém, os mesmos direitos do casamento. Em Portugal, foi aprovado, em 15 de março de 2001, o Decreto 56/VIII, o qual regula alguns direitos previdenciários e sucessórios concernentes às uniões de fato, as quais devem existir há, no mínimo, dois anos. No entanto, só é concedido direito à adoção para os casais heterossexuais.¹³⁸

Luxemburgo, Itália, Austrália, Andorra e Eslovênia concederam no mesmo ano, 2004, direitos aos parceiros homossexuais. Em 2005, foi a vez da Nova Zelândia. Em 2006, a República Tcheca aprovou lei de união civil, garantindo alguns direitos sucessórios e previdenciários aos pares homossexuais.

Na África do Sul, em 2005, o Tribunal Constitucional concedeu ao Parlamento o prazo de um ano para que fosse reconhecido o casamento entre casais homoafetivos, sendo que já era admitida a adoção por esses casais. Já em 1996, o país foi o primeiro a proibir expressamente a discriminação em virtude de orientação sexual.¹³⁹

E, finalmente, em 1º de janeiro de 2009, a Noruega foi o sexto país do mundo a admitir o casamento homossexual.¹⁴⁰

Na América Latina, a precursora foi a Província Autônoma de Buenos Aires, na Argentina, que, em 13 de dezembro de 2002, aprovou a Lei nº 1004/2003, reconhecendo a união civil entre pessoas, independente do gênero ou da orientação

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.* p. 173-179.

¹³⁸ *Ibidem.* p. 67.

¹³⁹ *Ibidem.* p. 67-69.

¹⁴⁰ *Ibidem.* p. 68.

sexual dos contraentes. O registro da união civil tem validade adstrita à Cidade Autônoma de Buenos Aires e tem como pré-requisito que ambos os parceiros convivam em união estável e vivam na cidade há pelo menos dois anos. Apesar de inovadora, a restrição da lei à Cidade de Buenos Aires dificulta uma equiparação dos direitos dos “unientes” ao direito dos cônjuges, legalmente casados. Além disso, a lei é omissa em relação ao direito à adoção.¹⁴¹

Lei parecida foi aprovada, no mesmo ano, na Província de Rio Negro, Argentina. A exemplo de Buenos Aires, na Cidade do México, em 2006, foi aprovada a união civil entre homossexuais, dando direitos como propriedade, pensão, herança, entre outros, mas não foram possibilitados o casamento nem a adoção. No mesmo sentido, em 2007, foi aprovada no Estado de Coahuila, México, a Lei de Pactos de Solidariedade Civil.¹⁴²

O Uruguai, em janeiro de 2008, tornou-se o primeiro país latino a legalizar a união entre casais homossexuais, através da Lei da União Combubinária.¹⁴³

Além das leis específicas dos Estados ou de Convenções da União Europeia, cabe ressaltar a tentativa de realização de um modelo mundial, através dos Princípios de Yogyakarta. Em novembro de 2006, foi realizada naquela cidade da Indonésia uma reunião entre vinte e nove especialistas de vinte e cinco países, a fim de elaborar princípios de aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Dentre outros princípios estabelecidos, o 24º reconhece como princípio o “Direito de Constituir uma Família”, o que, por interpretação lógica, inclui o direito à adoção.¹⁴⁴

4.3 CASOS PRÁTICOS

Caso que ganhou notoriedade na mídia ocorreu em consequência do falecimento da cantora Cássia Eller, em dezembro de 2001.¹⁴⁵ A cantora,

¹⁴¹ DALMASSO, Elsa Inês. A Nova Lei de União Civil sem distinção de gênero, de Buenos Aires. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 3, set./dez. 2003. p. 623-631.

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. **Unões Homoafetivas**: O preconceito & a Justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 66.

¹⁴³ *Ibidem*. p. 66.

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 71-72.

¹⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma Principiologia para o Direito de Família. In: _____ (Coord.). **Família e Dignidade Humana**: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB

homossexual assumida e mãe de Francisco – cujo pai falecera antes mesmo do seu nascimento – vivia há 14 anos com Maria Eugênia Vieira Martins, que também era reconhecida como mãe pelo menino. O avô da criança, no entanto, em razão da morte da filha, requereu a tutela do menor. Indo ao encontro até mesmo da ordem de preferência disposta do Código Civil de 1916¹⁴⁶, vigente na época, o juiz da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões do Tribunal do Rio de Janeiro/RJ, Luiz Felipe Francisco, reconheceu o vínculo socioafetivo existente entre a criança e a companheira da falecida mãe.¹⁴⁷ O julgador atendeu ao desejo expresso pelo menor em seu depoimento – além, é claro, do desejo geral da opinião pública – concedendo a tutela do menino à parceira da mãe biológica.¹⁴⁸

O caso em tela não trata especificamente da adoção conjunta por um casal homossexual, mas não deixou de ser um avanço e uma demonstração de como é possível avaliar as questões judiciais com bom senso, visando ao melhor interesse da criança e à não discriminação. Se a adoção por casais homoafetivos fosse permitida expressamente pela legislação, a discussão seria feita com as mesmas condições e seguranças da guarda entre parceiros heterossexuais.

Apesar de serem consideráveis os julgados que reconhecem direitos, obrigações ou mesmo impedimentos decorrentes da união estável entre homossexuais, como já demonstrado nesse estudo, ainda são esparsos os julgados que reconhecem o direito dos homossexuais de adotar em conjunto. Segue uma decisão pioneira sobre o assunto, realizada pela Comarca de Bagé e ratificada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa está transcrita abaixo:

Thomson, 2006.

¹⁴⁶ Art. 409. Em falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:

I - ao avô paterno, depois ao materno, e, na falta deste, à avô paterna, ou materna;

II - aos irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço;

III - aos tios, sendo preferido o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço.

¹⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma Principiologia para o Direito de Família. In: _____ (Coord.). **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

¹⁴⁸ ARAÚJO, Luís Edmundo. A companheira de Cássia Eller fala pela primeira vez sobre a histórica vitória na Justiça que lhe garantiu a tutela definitiva do filho da cantora. **IstoÉ Gente**. 18 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoegente/172/reportagens/eugenia.htm>>. Acesso em: 15 out. 2009.

APELAÇÃO CÍVEL - ADOÇÃO - CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO – POSSIBILIDADE

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. (TJRS - Apelação Cível nº 70013801592 - Comarca de Bagé – 7ª C. Cível - Apelante: Ministério Público - Apelado: LI. M. B. G. - J. 05.04.2006)

Do acórdão¹⁴⁹, depreende-se que os dois menores eram filhos legalmente adotados por L.R.M, que possuía uma relação de oito anos com L.I.M.B.G., parceira do mesmo sexo, nos “moldes de entidade familiar”. As crianças foram cuidadas desde o nascimento por ambas as companheiras, possuindo, pois, vínculo afetivo com a companheira da mãe adotiva. Através da presente decisão, foi reconhecida a legalidade da filiação entre as crianças e as duas mães adotivas, em virtude do reconhecimento da união estável existente entre as duas companheiras homoafetivas.

A resolução acima abriu espaço para que outras no mesmo sentido surgissem. Em Catanduva, no Estado de São Paulo, apenas um dos companheiros homoafetivos havia se habilitado à adoção. No entanto, a Dra. Sueli Juarez Alonso, através do processo nº 234/2005, proferiu sentença, em 30 de outubro de 2006, determinando que o processo de habilitação fosse realizado incluindo também o outro companheiro, visto que, afinal, a criança também conviveria com ele. Há ainda decisões nesse sentido nos Estados de Santa Catarina, Rio de Janeiro e Pernambuco.¹⁵⁰

O preconceito e a omissão legal, contudo, fazem com que indivíduos homossexuais continuem precisando recorrer à justiça para verem seus direitos levados a efeito. Mesmo a adoção por pessoa homossexual solteira, indubitavelmente admitida pela lei, encontra algum tipo de impedimento durante o processo de adoção. É o que

¹⁴⁹ *Apud* GALVÃO, Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007. p. 72-99.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 224.

se deduz frente ao entendimento da promotoria da 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção de Curitiba: o empresário Jonathas Stephen Barros Júnior, que mantém uma relação estável com um companheiro britânico, entrou em 2007 com pedido para adotar uma menina de quatro anos de idade, que vive em um lar para meninas portadoras do HIV. Foi habilitado para adoção e seu pedido deferido pela juíza Maria Lúcia de Paula Espíndola.

Todavia, a promotora Marília Vieira Frederico Abdo recorreu da decisão, alegando que ele poderia adotar, mas apenas uma criança maior de doze anos de idade. Segundo a promotora, a partir dessa idade a criança já poderia opinar sobre a adoção, conforme institui o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵¹, podendo decidir se pretende viver com um pai que mantém uma união estável com outro homem.¹⁵²

Esse é um caso típico em que se prejudica o menor que pretende ter acesso a uma família, sob a falsa tutela do princípio do melhor interesse da criança. Os personagens dessa estória real aguardam agora a decisão da justiça sobre o recurso. Espera-se que tal decisão siga o mesmo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme se demonstra a seguir:

Adoção. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, confrontando sagrados Princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança. Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância e Juventude." (TJRJ, Apelação Cível nº 14.979/98, Rel. Des. SEVERIANO ARAGÃO)

E ainda:

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológicos e de estudos sociais) considerando que o adotado, agora com dez anos, sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do

¹⁵¹ Artigo 45, § 2º, Lei 8069/90: "Em se tratando de adotando maior de doze de idade, será também necessário o seu consentimento."

¹⁵² HOMOSSEXUAL autorizado a adotar apenas crianças com mais de 12 anos no Paraná. **O Globo**. 05 out. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2009/10/05/homossexual-autorizado-adotar-apenas-criancas-com-mais-de-12-anos-no-parana-767911596.asp>>. Acesso em: 15 out. 2009.

Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada e provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos jovens. Apelação improvida. (TJRJ, Apelação Cível nº 14.3322/98, Rel. Des. JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES)

4.4 PERSPECTIVAS – A NOVA LEI DE ADOÇÃO

Em 03 de agosto de 2009 foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 12.010/2009, a qual entra em vigor 90 dias após a publicação no Diário Oficial, ou seja, no dia 02 de novembro de 2009. A referida lei, segundo sua própria súmula:

Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

Segundo notícia da Folha Online, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva afirmou durante a cerimônia de aprovação da nova lei: "A legislação vai dar condições para que a adoção seja mais fácil, menos burocrática e que as pessoas que adotem sejam mais preparadas", Lula durante a cerimônia."¹⁵³

Maria Berenice Dias¹⁵⁴, no entanto, discorda dessa perspectiva otimista sobre a nova lei. Segundo a jurista, a lei acabou por trazer mais burocracia aos processos de adoção. Apesar de impor limite de dois anos para que as crianças e adolescentes fiquem em instituições e abrigos¹⁵⁵, a lei acaba por impor mais

¹⁵³ BAINES, Christian. Lula sanciona nova Lei de Adoção; legislação reduz tempo de crianças nos abrigos. **Folha Online**. Brasília, 03 ago. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u604189.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2009.

¹⁵⁴ *Apud* MILÍCIO, Gláucia. Nova Lei de Adoção tem pouca prática, diz advogada. **Consultório Jurídico**. 30 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-30/lei-adocao-proposito-pratica-advogada>>. Acesso em: 15 out. 2009.

¹⁵⁵ Artigo 2º, Lei 12.010/2009: "A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com as seguintes alterações:
(...)

restrições tanto para aqueles que pretendem adotar, quanto para a mãe que precisa dar o consentimento para liberar o próprio filho para a adoção. De acordo com a crítica de Dias:

O consentimento precisa ser colhido em audiência pelo juiz, com a presença do Ministério Público, e isso depois de esgotados os esforços para a manutenção do filho junto à família. Esse procedimento é tão burocrático que vai fazer crescer ainda mais a fila de interessados na adoção. [...] Aliás, a título de disposições transitórias, é imposta a todos os figurantes no cadastro de adoção, no prazo máximo de um ano, a obrigação de sujeitarem-se à preparação psicossocial e jurídica, sob pena de cassação da inscrição. Pelo jeito, nenhuma adoção poderá ser permitida enquanto não se submeterem as pessoas já habilitadas ao indigitado procedimento preparatório. E, caso não seja disponibilizado dito programa pela Justiça no prazo legal, simplesmente todas as inscrições estarão automaticamente canceladas.¹⁵⁶

O ponto mais atacado da nova lei de adoção e que mais interessa para este estudo, diz respeito à omissão sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos. As alterações realizadas pela lei no artigo 42, *caput* e §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente deixam essa hipótese em aberto:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
[...]
§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

A alteração do *caput* veio apenas para ratificar o que dispunha o Código Civil de 2002¹⁵⁷, ou seja, a redução da idade do adotante de 21 para 18 anos, em consonância com as maioridades civil e penal. Também o novo texto do parágrafo

Art. 19. (...)

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária."

¹⁵⁶ *Apud* MILÍCIO, Gláucia. Nova Lei de Adoção tem pouca prática, diz advogada. **Consultório Jurídico**. 30 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-30/lei-adocao-proposito-pratica-advogada>>. Acesso em: 15 out. 2009.

¹⁵⁷ "Art. 1.618. Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar."

segundo não teve muitas alterações práticas, dando margem à discricionariedade dos julgadores sobre a possibilidade de adoção por pares homossexuais. Como o artigo não fala em homem e mulher, apenas em união estável, fica a critério do judiciário decidir se a adoção conjunta é possível, com base na comprovação de estabilidade da família. Para isso, deve apenas se valer da analogia, a qual conduziria à óbvia utilização da lei da união estável também para os casais homoafetivos.¹⁵⁸

A lei manteve o entendimento que se extraía da Lei 8.069/90 e do Código Civil quanto à adoção conjunta, não colocando óbice à adoção por homossexuais, mas também não a possibilitando inequivocamente. O projeto inicial, no entanto, em sintonia com a jurisprudência que vem se formando sobre assunto, além dos princípios da dignidade e igualdade, trazia disposição expressa sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais.¹⁵⁹

Esse dispositivo foi alvo de diversas críticas, especialmente de deputados das bancadas católica e evangélica. Caso não fosse retirada a autorização para a adoção pelo pares homoafetivos, o projeto como um todo sofriria risco de não ser aprovado na Câmara dos Deputados. Devido à não receptividade a mudanças e ao preconceito religioso de alguns, ao aprovarem uma lei tão importante, perdeu-se a chance de inovar, acompanhando a Lei Maria da Penha no reconhecimento da realidade ora existente.¹⁶⁰

Os casais homoafetivos, portanto, continuam à mercê do judiciário para defender suas expectativas de formar uma família. A adoção conjunta não foi proibida, mas também não foi defendida pela lei, dando margem para que todo tipo de preconceito se manifeste na interpretação legal.

Como bem comenta o advogado constitucionalista Pedro Estevam Serrano: "O Judiciário precisa ser menos conservador e preconceituoso do que o Legislativo e

¹⁵⁸ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Nova Lei da Adoção e Homoafetividade**. 12 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=533>>. Acesso em: 15 out. 2009.

¹⁵⁹ Art. 38.(...)

I. Qualquer pessoa maior de 18 anos pode adotar, obedecidos os requisitos específicos desta Lei.

Parágrafo Único - Para adotar em conjunto, é indispensável:

I - Que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, hipótese em que será suficiente que um deles tenha completado 18 anos e comprovada a estabilidade da família.

II - Que haja a comprovação da estabilidade da convivência, na hipótese de casal homoafetivo."

¹⁶⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **Nova Lei de Adoção, Homoafetividade e Transgeneridade**. 02 set. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=444>>. Acesso em: 15 out. 2009.

aceitar esse tipo de circunstância quando for solicitado a se manifestar.”¹⁶¹ Enquanto isso, os homossexuais e as crianças que permanecem nos abrigos e instituições continuarão sendo prejudicados pela omissão legal e pela discriminação por motivos morais e religiosos, ironicamente presente em um Estado que se diz laico.

¹⁶¹ **NOVA Lei de Adoção deixa casais homossexuais fora do texto.** Disponível em: <<http://www.necessaire.com.br/nova-lei-de-adocao-deixa-casais-homossexuais-fora-do-texto/>> Acesso em: 15 out. 2009.

5 CONCLUSÃO

A família, atualmente, é uma instituição muito menos restritiva do que a existente há algumas décadas, devido às mudanças sociais e à abertura dada pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Vivemos o momento da “família eudemonista”, cujo intuito é a realização pessoal do indivíduo. O Estado não pode obstaculizar sua formação ou definir seus parâmetros, mas tem o dever de protegê-la, conforme determina o *caput* do referido dispositivo constitucional.

Além do vínculo sanguíneo, a família passa a ser formada pelo vínculo socioafetivo, objetivando a busca da felicidade, a qual pode ser encontrada “dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade”. Apesar de a ciência ainda não saber definir a origem dessa opção, tal decisão deve ser respeitada, pois é “inegável que o que leva essas pessoas a conviverem é o amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por preconceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.”¹⁶²

A homossexualidade dos indivíduos não é empecilho para a configuração de uma entidade familiar, assistindo também a essas pessoas todos os direitos inerentes à família heterossexual, em conformidade com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana. Dentre esses direitos, inclui-se o livre planejamento familiar, devendo o Estado proporcionar todos os recursos necessários para que isso seja possível, sendo que um dos meios mais utilizados por aqueles que não podem ter filhos biológicos é a adoção.¹⁶³

Nosso ordenamento jurídico possibilita a adoção por qualquer pessoa, desde que cumpridos os requisitos dispostos no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como, o adotante ser maior de dezoito anos e possuir pelo menos dezesseis anos a mais que o adotando e, principalmente, a adoção apresentar reais vantagens para o menor.

No entanto, a adoção só pode ser realizada por duas pessoas em conjunto se, além de cumpridos os pré-requisitos, elas forem casadas ou conviverem em

¹⁶² GALVÃO, Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 40, p. 72-99, fev./mar. 2007.

¹⁶³ PINHEIRO, Paula Tathiana. Da ausência de vedação à adoção por homossexuais, segundo o ordenamento jurídico pátrio. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica**, Bauru, n. 43, p. 189-217, maio/ago. 2005.

união estável. Não há qualquer restrição relativa à sexualidade do(s) adotante(s), permitindo a legislação, pois, que um indivíduo homossexual adote isoladamente; porém, como nossa legislação não reconhece o vínculo conjugal entre pares homossexuais, resta prejudicado o direito desses casais de adotar conjuntamente.

O resultado disso é a insegurança jurídica, pois, apesar de não haver qualquer proibição à adoção por casais homoafetivos, a omissão legal os deixa à mercê do judiciário, que nem sempre julga a questão com a isenção e o bom senso necessários.

Ao analisar essa questão, deve o julgador levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança, visto que a adoção deve proporcionar reais vantagens ao adotando. Ainda que alguns doutrinadores considerem não condizer a adoção por um casal homoafetivo com o interesse do menor, esse posicionamento é facilmente rebatido com o questionamento colocado por Fernanda Oltramari¹⁶⁴:

Pergunta-se: o trauma de uma criança será maior se criada no abandono, com a rejeição da sua família biológica, na crueldade das situações mundanas ou, então, se criada por um casal homossexual, mas que lhe garanta as melhores condições de vida, de afeto, de segurança, de conforto e amor? Esta é a pergunta que devemos ter em mente quando falamos e analisamos o instituto da adoção por homossexuais.

Além disso, devido à omissão legal sobre a adoção conjunta por casais homoafetivos, há aqueles que se habilitam individualmente para a adoção – muitas vezes escondendo sua homossexualidade, a qual poderia ser considerada uma barreira para adotar – mesmo possuindo ou vindo a possuir uma união estável. O casal passa a criar o adotado como filho, conjuntamente, mas, no entanto, apenas um deles possui o vínculo jurídico com o menor, enquanto o outro sequer passou pelo crivo da avaliação e das entrevistas realizadas antes da adoção.

Nesses casos, notadamente, é do interesse do menor possuir vínculo jurídico com os dois pais, a fim de concretizar a relação socioafetiva que existe de fato. O reconhecimento do vínculo parental entre o filho e ambos os pais ou as mães traria vários benefícios à criança, tais como: direitos previdenciários e sucessórios;

¹⁶⁴ OLTRAMARI, Fernanda. Adoção por homossexuais: possibilidade da formação de um novo núcleo afetivo. **Repertório IOB de jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial, v. 3, n. 17, p. 527-519, 1. quin. set. 2005.

no caso de separação do casal, possibilidade de escolher a guarda que melhor lhe convenha e de receber alimentos do parceiro que não detiver sua guarda; receber o nome e possuir ligação com a família de ambos os cônjuges; figurar como dependente em Plano de Saúde e no Imposto de Renda; entre outros tantos direitos que facilitariam a vida desse menor, o qual não deve ser excluído em razão da sexualidade dos pais.¹⁶⁵

As palavras de Fernandes¹⁶⁶ resumem a sua indignação e também a posição deste estudo sobre o tratamento dado à adoção por homossexuais no Brasil:

E o preconceito, a prevenção quanto à orientação sexual do adotante, além de ser injusta, retrógrada e inconstitucional, não pode prevalecer diante das necessidades, expectativas e proteção do adotado. Entendemos não haver impedimento legal, nem razão alguma para condenarmos a possibilidade jurídica de adoção por um homossexual, uma vez que a capacidade para a adoção nada tem haver com a sexualidade do adotante.

Nosso legislativo perdeu uma grande oportunidade de regularizar a situação da adoção por casais homoafetivos no Brasil, quando da aprovação da Lei nº 12.010/2009, a Nova Lei de Adoção, a qual também se omitiu sobre o assunto. No entanto, com o uso dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, além da analogia e do bom senso, pode o judiciário suprir essa suposta lacuna existente em nossa legislação, visando a cumprir, especialmente, o princípio do melhor interesse da criança.

Correndo o risco de ser redundante, encerro este trabalho com os dizeres de Rolim¹⁶⁷: “Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: – ‘que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?’”

¹⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Direito a um lar. **Consulex**, Brasília, DF, v. 9, n. 205, p. 66, 31 jul. 2005.

¹⁶⁶ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004. p. 105.

¹⁶⁷ ROLIM, Marcos. **Casais Homossexuais e Adoção**. 21 abr. de 2002. Disponível em: <http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=11&Itemid=3>. Acesso em: 15 out. 2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, [S.l.], v. 7, n. 30, p. 99-123, jun./jul. 2005.

ARAÚJO, Luís Edmundo. A companheira de Cássia Eller fala pela primeira vez sobre a histórica vitória na Justiça que lhe garantiu a tutela definitiva do filho da cantora. **IstoÉ Gente**. 18 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoegente/172/reportagens/eugenia.htm>>. Acesso em: 15 out. 2009.

BAINES, Christian. Lula sanciona nova Lei de Adoção; legislação reduz tempo de crianças nos abrigos. **Folha Online**. Brasília, 03 ago. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u604189.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos**. Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/profissionais/advogados/roberto/artigos_diferentes.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989.

DALMASSO, Elsa Inês. A Nova Lei de União Civil sem distinção de gênero, de Buenos Aires. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 3, set./dez. 2003.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da Personalidade nas Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Dignidade Humana**: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

D'ELIA, Maria Elisa e Otávio. Adoção de Menores por Casais Homossexuais. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos Patrimoniais das Relações de Afeto**. Repertório IOB de Jurisprudência, 15/97, caderno 3, 1997.

_____. Direito a um lar. **Consulex**, Brasília, DF, v. 9, n. 205, p. 66, 31 jul. 2005.

_____. **Unões Homoafetivas**: O preconceito & a Justiça. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade**: Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: 1996.

_____. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais e seus Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

GALVÃO, Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 8, n. 40, p. 72-99, fev./mar. 2007.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HOMOSSEXUAL autorizado a adotar apenas crianças com mais de 12 anos no Paraná. **O Globo**. 05 out. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2009/10/05/homossexual-autorizado-adotar-apenas-criancas-com-mais-de-12-anos-no-parana-767911596.asp>>. Acesso em: 15 out. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: 20 set. 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: origem e evolução do casamento. vol. 1. Curitiba: Juruá, 1994.

_____. Adoção por Homossexuais e o Interesse das Crianças. In: _____. (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade**: adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.
MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Iguais mas diferentes**. Efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. 2003. Tese de doutoramento, Universidade Federal do Paraná, Curitiba-Paraná, 2003.

_____. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Filiação e Homossexualidade. In: _____. (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade**: adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MILÍCIO, Gláucia. Nova Lei de Adoção tem pouca prática, diz advogada. **Consultório Jurídico**. 30 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-30/lei-adocao-proposito-pratica-advogada>>. Acesso em: 15 out. 2009.

NOVA Lei de Adoção deixa casais homossexuais fora do texto. Disponível em: <<http://www.necessaire.com.br/nova-lei-de-adocao-deixa-casais-homossexuais-fora-do-texto/>> Acesso em: 15 out. 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

OLTRAMARI, Fernanda. Adoção por homossexuais: possibilidade da formação de um novo núcleo afetivo. **Repertório IOB de jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial, v. 3, n. 17, p. 527-519, 1. quin. set. 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma Principiologia para o Direito de Família. In: _____. (Coord.). **Família e Dignidade Humana**: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do "melhor interesse da criança"**: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 6, p. 31-49, jul/set. 2000.

_____. Famílias Possíveis: Novos Paradigmas na convivência familiar. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Del Rey: Belo Horizonte, 2004.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A Adoção por Homossexuais**: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHEIRO, Paula Tathiana. Da ausência de vedação à adoção por homossexuais, segundo o ordenamento jurídico pátrio. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica**, Bauru, n. 43, p. 189-217, maio/ago. 2005.

POEMS Written by Lord Alfred Douglas. Disponível em: <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/wilde/poemsofdouglas.htm>>. Acesso em: 27 out. 2009.

PROCEEDINGS of the Central Criminal Court, 20th May 1895, page 3. Disponível em: <<http://www.oldbaileyonline.org/images.jsp?doc=189505200003>>. Acesso em: 27 out. 2009.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Discriminação por orientação sexual**. Cadernos do Centro de Estudos da Justiça Federal, n. 24, 2003.

ROLIM, Marcos. **Casais Homossexuais e Adoção**. 21 abr. de 2002. Disponível em: <http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=11&Itemid=3>. Acesso em: 15 out. 2009.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Adoção por casais homossexuais. **Revista Brasileira de Direito de Família**. [S.l.], v. 7, n. 30, p. 124-159, jun./jul. 2005.

_____. **Nova Lei de Adoção, Homoafetividade e Transgeneridade**. 02 set. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=444>>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. **Nova Lei da Adoção e Homoafetividade**. 12 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=533>>. Acesso em: 15 out. 2009.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos**. Teses, dissertações, monografias e outros trabalhos acadêmicos. v. 2. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2007.

_____. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos**. Citações e Notas de Rodapé. v. 3. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2007.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. União Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo: família homoafetiva. **Relatório de Jurisprudência IOB**, Caderno 3, n. 17, 1ª quinzena set. 2002.